المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

قسمة المال الشائع

وأحكام دعوى الفرز والتجنيب

فقهاً وقضاءً

الطبعة الثانية

١٩٩٣

دار محمود للنشر والتوزيع
٩ ش سامي البارودي (حسن الأكبر سابقاً)
باب الخلق ــ ت : ٣٩٢٨٦١٨

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

قسمة المال الشائع
وأحكام دعوى الفرز والتجنيب
فقهاً وقضاءً

الطبعة الثانية

١٩٩٣

دار محمود للنشر والتوزيع
٩ ش سامي البارودي (حسن الأكبر سابقاً)
باب الخلق - ت: ٣٩٣٨٦١٨

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الثانية

صدرت الطبعة الأولى من هذا الكتاب ونفذت بعون الله تعالى فى أشهر قليلة وحرصا منا على أن يكون الكتاب متدولاً بالأسواق فى أسرع وقت ممكن ، رأينا إصدار هذه الطبعة بطريقة التصوير .

والله ولى التوفيق

المؤلف المستشار

محمد عزمى البكرى

رئيس محكمة الاستئناف

تقديم

للملكية الشائعة مساوىء اجتماعية واقتصادية كثيرة ـ سنعرض لهـا في الكتاب ـ تجعـل الاستمرار فيها أمرا غـير مرغوب فيـه ، بل أصبحت سبيلا الى التشاحن والتناحر بين الملاك المشتاعين .

ولا مراء في أن القسمة ـ اتفاقية أو قضائية ـ هي السبب الرئيسي لانقضاء الشيوع والتخلص من مضاره .

وقد عالجنا موضوع قسمة المـال الشائع ـ بما فيه احكام دعوى الفرز والتجنيب ـ في هذا الكتاب من الناحيتين النظرية والتطبيقية ، فقد عرضنا فيه لآراء الفقه القديم والحديث ، كمـا زودناه بكافة الأحكام الصـادرة من محكمة النقض منذ انشائها حتى الآن .

وكان منهجنـا في الـكتاب هو التبسيط والوضـوح ، تيسيرا لمهمـة الباحث وحرصا على وقته .

والله اسأل أن يكون هذا الجهد نافعا ومثمرا ؟

المؤلف

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة الاستئناف

طنطا : ١٦ ش محب

ت : ٣١٤٢٣١

موضـــوع رقم (١)

احكام عامة فى قسمة المـال الشائع

١ - المقصود بالملكية الشائعة :

تنص المـادة ٨٢٥ من التقنين المدنى على أنه : (اذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء عـلى الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية اذا لم يقم دليل على غير ذلك) .

وهذه المـادة تتحدث عما يسمى بالملكية الشائعة أو الملكية على الشيوع او الملكية فى الشيوع . ويتضح منها أن الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد . وتتناول هذه الملكية المـال الشائع غير منقسم .

أما حق كل شريك فيقع على حصة شـائعة فى المـال ، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو الحصة الشائعة ، فحق الملكية على المـال الشائع هـو الذى ينقسم حصصا دون أن ينقسم المـال فى ذاته(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى أنه :

(عرفت المـادة ١١٩٣ الملكية الشائعة . ويتبين من التعريف أن هذه الملكية وسط بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة . فالحصة التى يملكهـا الشريك فى الشيوع شائعة فى كل المـال لا تتركز فى جانب منه بالذات ، وهـــذا ما يميز الملكية الشـــائعة عن الملكية المفرزة . والشىء المملوك فى

---

(١) الدكتور عبد الرازق السنهورى - الوسيط فى شرح القـــانون المدنى ج ٨ الطبعة الثانية (طبعة نادى القضـــاة) ١٩٩١ ص ١٠٤٧ وما بعدها .

الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة)[٢] ٠

ومصدر الشيوع قد يكون العقد ، كما اذا اشترى شخصان مالا على الشيوع ، وقد يكون الوصية كما اذا أوصى شخص لاثنين بمال على الشيوع ٠ وقد يكون أى سبب آخر من أسباب كسب الملكية ، وأكثر الأسباب انتشارا هو الميراث فان الورثة تتوزع حصصهم شائعة فى التركة ٠

وتحدد حصص الشركاء عند بدء الشيوع ، فاذا لم يكن هناك تحديد ، أو كان هناك شك فى التحديد حسبت الحصص متساوية[٣] ٠

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(متى كانت حصص كل من الشركاء فى المحل التجارى لم تفرز فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية اذا لم تر المحكمة دليلا مقنعا على غير ذلك عملا بالمادة ٨٢٥ من القانون المدنى الجديد والتى قننت — على ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون المذكور — ما كان معمولا به أثناء سريان القانون المدنى القديم) ٠

« طعن رقم ٥٧٦ لسنة ٣٤ ق — جلسة ٨ يناير سنة ١٩٧٠ »

وللمحكمة الموضوع أن تكون عقيدتها عن قيام حالة الشيوع التى يدعيها أحد الأخصام من أى دليل فى الدعوى دون أن تكون ملزمة بندب خبير ٠

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(لمحكمة الموضوع أن تكون عقيدتها عن قيام حالة الشيوع التى يدعيها أحد الأخصام من أى دليل فى الدعوى دون أن تكون ملزمة بندب خبير

---

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٧٨ وما بعدها ٠
(٣) مذكرة المشروع التمهيدى — مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٧٩ ٠

لا ترى حاجة الى الاستعانة به حتى ولو كانت قد ندبت أحد الخبراء من قبل لتحقيق مزاعم خصم آخر عن حصـــول القسمة ما دامت لم تر فى تقريره ما يعارض الأسانيد الدالة على الشيوع) ·

« طعن رقم ٦٢ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/١١/٣ »

واذا باع الشركاء على الشيوع قبل القسمة حصـــة مفرزة ، فان مفاد ذلك أنهم قد وافقوا على أن يخرج القـــدر المبيـــع من ملكيتهم قبـــل قسمتها بحيث لا تدخل فى أية قسمة تجرى بينهم فيما بعد ·

وفى هذا قضت محكمة النقض بان :

(اذا كان البيـــع قد ورد على حصـــة مفرزة ومحـــددة التزم البـــائعون باستنزالها من الأعيان الموقوفة قبل قسمتها ، فان مفـــاد ذلك أن الطاعنة (البائعة الأولى) وشركاءها وافقوا على أن يخرج القـــدر المبيع من ملكيتهم قبل قسمتها بحيث لا يدخل فى أية قسمة تجرى بينهم فيما بعـــد ، ممـــا مقتضاه أن الصفقة - فى مقصود المتعاقدين - وحدة قائمة بذاتها لا يمكن تفريقها على المشترى ، وأن الالتزام فى مفهوم ارادتهما ووفق الغرض الذى رميا اليه لا يجوز تنفيذه مقسما ، بل يجب تنفيذه باعتباره كلا غير قابل للتجزئة ، ومن ثم فاذا لم يكن قد جرى استبعاد الأطيان المبيعة قبل وقوع القسمة فان البيع الصادر الى المشترى - المطعون ضده الأول - يكون صحيحا ونافذا قبل البائعين جميعـــا أيا كانت النتيجة التى تترتب عليهـــا قسمة الأطيان حتى ولو وقع القدر المبيع فى نصيب واحد منهم ، وهـــذا الشريك وشأنه فى الرجوع على باقى شركائه طبقا للقواعد المقررة قانونا) ·

« طعن رقم ٢٨٦ لسنة ٣٧ ق - جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩ »

٢ - مضار الملكية الشائعة :

أدى نظام الميراث الى انتشار الملكية الشائعة فى مصر ، اذ تنتقل ملكية أموال التركة الى الورثة على الشيوع وكثـــيرا ما يستمر الورثة فى هـــذا الشيوع ولمدد طويلة ، وهـــذه المدد الطويلة تسمح بتزايد عـــدد الشركاء

بسبب موت بعضهم وحلول ورثتهم محلهم ، ويؤازر بقاء الشيوع ما اتسم به ريف مصر من التضامن والتكتل الأسرى والتفاخر بالملكيات الكبرى ٠

ولا شك أن للملكية الشائعة مساوىء اجتماعية واقتصادية تجعل الاستمرار فيها أمرا غير مرغوب فيه ٠

فتعدد الملاك فى الملكية الشائعة يؤدى الى اشكالات عديدة فيما يتعلق بمزاولة كل مالك لسلطاته على الشىء ولا سيما الاستعمال والاستغلال ، فاذا لوحظ ان الشيوع ينشأ عادة بين من تربطهم وشائج القربى فان استمراره قد يؤدى الى النفور والقطيعة وذلك أمر غير مرغوب فيه اجتماعيا٠

كما أن استقلال كل شريك بحصته يتيح له اجادة استغلالها وتكريس طاقته فى ذلك ، اذ ينطوى هذا الاستقلال على حافز قوى على العمل والابداع ، ولذلك فان الملكية المفرزة أكثر انتاجا من الملكية الشائعة ٠

وورود أكثر من حق على ملكية شىء واحد ينطوى على كثير من التعقيد والغموض من الناحية القانونية ٠

٣ — انقضاء الشيوع :

السبب الرئيسى لانقضاء الشيوع هو القسمة ، الا أن هناك أسبابا أخرى ثانوية ينقضى بها الشيوع ومثال ذلك :

١ — أن يكتسب أحد الملاك المشتاعين ملكية أنصبة باقى الشركاء ، وذلك عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة أو البيع أو المقايضة أو بوضع اليد المدة الطويلة المكسب للملكية ، ذلك أن حيازة الحصة الشائعة كالنصيب المفرز تصلح لأن تكون اساسا لتملكها بالتقادم ٠

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

أ — (ليس فى القانون ما يمنع الشريك فى العقار الشائع من ان يكسب بالتقادم ملكية حصة أحد شركائه المشتاعين اذا استطاع أن يحوز

هذه الحصة حيازة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة) ٠

« طعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٦٨/٣/٢١ »

ب - (الحصة الشائعة كالنصيب المفرز يصح كلاهما - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون محلا لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والانفراد ولا فارق بينهما الا من حيث أن الحائز للنصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة ٠ أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين ٠ وليست هذه المخالطة عيبا فى ذاتها وانما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وابهام فاذا انتفت واستقرت الحيازة على مناهضة حق باقى المالكين ومناهضتهم بما لا يترك مجالا لشبهة الغموض أو مظنة التسامح ، فان الحيازة تصلح عندئذ لأن تكون أساسا لتملك الحصة الشائعة بالتقادم) ٠

« طعن رقم ١٣٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٩ - ذات المبدأ : طعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٨ - طعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢ - طعن رقم ٢٠٦١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٠ - طعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢ »

٢ - أن يتحول الشيوع الى شركة فتكون لهــا الشخصية المعنوية ، فتكون ملكية المال الذى كان شائعا لشخص معنوى ٠

٤ - المقصود بقسمة المال الشائع :

قسمة المال الشائع هى اجراء يختص بموجبه كل شريك فى المال الشائع بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة فى هذا المال ٠

وقد عرفتهــا محكمــة النقض فى حكم حديث لهــا صادر بتاريخ

٧/٢/١٩٨٥ فى الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٥٢ ق بقولها : (قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكيته دون باقى الشركاء)(٤) ٠

والقسمة بهذا المعنى يطلق عليها (القسمة النهائية) ، وهو المعنى الذى يقصد من لفظ القسمة اذا أطلق ، فهى ترد على الملكية وينتهى بها الشيوع ٠

وهناك نوع آخر من القسمة يطلق عليه (قسمة المهايأة) ، وهى عبارة عن تقسيم لمنافع الشىء الشائع بين الشركاء فهى قسمة انتفاع لا قسمة ملكية ، ومن ثم لا ينتهى بها الشيوع ، وانما تكون عملية مؤقتة تكفل تنظيم الانتفاع بالمال الشائع ٠

(أنظر فى التفصيل موضوع رقم ٨) ٠

٥ ـ من يحق له طلب القسمة ؟

تنص المادة ٨٣٤ مدنى على أن : (لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمس سنين ، فاذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه) ٠

ويتضح من هذا النص أن من حق كل شريك فى الشيوع أيا كان مقدار نصيبه فى المال الشائع أن يطلب قسمة المال الشائع فى أى وقت ما دام الشيوع قائما ٠

---

(٤) وقد استطرد الحكم بأن : (والتسليم الفعلى للمبيع فى البيع على الشيوع وعلى ما جرى به نص المادة ٢٣٥ من القانون المدنى يتم بمجرد وضع القدر المباع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به خلفا للبائع فى حقوقه وهو ما لا تنتهى به حالة الشيوع ولا يعتبر قسمة للمال الشائع) ٠

والشريك فى الشيوع هو المالك لنصيب فى المال الشائع . فاذا لم تكن الملكية قد استقرت لأحد الشركاء فى المال الشائع فلا يجوز له طلب القسمة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(اذا كان من المقرر أن عقد القسمة ينعقد بين الشركاء فى ملكية المال الشائع ومحله المال المملوك ملكية شائعة بين الجميع وهو من العقود التبادلية التى تتقابل فيها الحقوق ، وكان المطعون عليهما الأول والثانى لا يملكان فى مال مورث الطاعنين - الثلاثة أفدنة التى اشتراها من المطعون عليه الأخير شيئا - فان اقتسام هذا القدر لا تتوافر فيه شرائطه المقررة فى القانون لعقد القسمة) .

« طعن رقم ١٧١٤ لسنة ٤٨ ق - جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ »

وبالترتيب على ذلك لا يجوز للأشخاص الآتى ذكرهم طلب القسمة :

١ - المشترى لحصة شائعة بمقتضى عقد بيع عرفى ، لأن الملكية فى المواد العقارية لا تنتقل - سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير - الا بالتسجيل .

فاذا لجأ المشترى بموجب عقد بيع عرفى الى القسمة القضائية برفع دعواه أمام المحكمة الجزئية المختصة كانت دعواه غير مقبولة لرفعها قبل الأوان .

وقد قضت محكمة دمنهور الابتدائية بتاريخ ١٩٨٩/٦/١٢ فى الدعوى رقم ٤٨٤١ لسنة ١٩٨٨ مدنى بأن :

(لما كان ذلك وكان المدعى يطلب القضاء بصحة ونفاذ عقد القسمة المبرم بينه وبين المدعى عليهم وكانت المدعى عليها التاسعة تطلب وقف الدعوى استنادا الى أنها اشترت جزءا من أطيان المدعى محل عقد القسمة على الشيوع وكان هذا العقد ابتدائيا لم يسجل ومن ثم فان ملكية العقار حتى

مع تمام الشراء تظل باقية على ملك المدعى ــ البائع لها ــ ويكون هو الخصم فى دعوى القسمة دون المشترية منه ولا يحق لها المنازعة فى اجراء القسمة بين البائع لها وشركائه فى العقار استنادا الى عقد البيع الابتدائى الصادر لها منه . ومن ثم يكون طلبها وقف دعوى القسمة حتى يفصل فى دعوى صحة التعاقد فى غير محله ودون سند من القانون متعين الرفض) .

غير أنه يجوز للمشترى بعقد عرفى باعتباره دائنا للبائع استعمال حق مدينه وطلب القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة طبقا لنص المادة ٢٣٥ مدنى اذا توافرت شروطها .

٢ ــ المشترى بعقد بيع عرفى صدر له حكم بصحة ونفاذ عقده دون أن يسجل هذا الحكم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أوجبت المادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تسجيل جميع العقود التى من شأنها انشاء حق ملكية أو أى حق عينى آخر أو نقله أو تغييره ، ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع الى المشترى الا بالتسجيل والى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار ويكون بالتالى هو الخصم فى كل دعوى تتعلق بعين العقار ، ولما كان الخصم فى دعوى القسمة هو الشريك المالك عملا بالمادة ٤٥٢ مدنى قديم التى تحكم هذا النزاع ، وكان يبين من الوقائع التى أثبتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثانى الذى كان مالكا العقار والشريك الواجب اختصامه ، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثانى الارثية فى هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية اذ الملكية لا تنتقل اليه الا بتسجيل الحكم الصادر فى الدعوى ، فان الحكم المطعون فيه اذ خالف هذا النظر يكون قد أخطأ فى القانون بما يستوجب نقضه) .

« طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٢٥ ق ــ جلسة ١٩٦٠/٤/٢١ »

غير أنه يجوز له استعمال حق مدينه فى طلب القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة ٠

٣ - المستاجر لجزء من المال الشائع :

وقد قضت محكمة النقض بان :

١ - (متى كان المستاجر قد استاجر نصيبا مفرزا فى الأرض بما عليه من المبانى فلا صفة له فى التمسك بان القسمة بين الشركاء انما وردت على الأرض دون البناء) ٠

« طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/١١/٣ »

٢ - (ليس للمستاجر أن يجادل المؤجر فى سند ملكيته وعما اذا كان له الحق فى القسمة التى أجراها أو أن هذه القسمة قد شابها بطلان أو مخالفة القانون) ٠

« طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/١١/٣ »

وليس لطلب القسمة أجل معين ، فيمكن طلب القسمة مهما كانت مدة بقاء الشريك فى الشيوع ، فلا يسقط حق طلب القسمة بعدم الاستعمال أى بالتقادم المسقط لأن الشيوع حالة متجددة وهو ما يؤدى الى تجدد الحق فى طلب القسمة باستمرار طوال مدة بقاء الشيوع(٥) ٠ كل ذلك ما لم يوجد اتفاق بين الشركاء على البقاء فى الشيوع خلال المدة التى يحددها القانون ٠

(أنظر بندى ٧ ، ٨/ج) ٠

---

(٥) الدكتور محمد توفيق فرج - الحقوق العينية الأصلية طبعة نادى القضاة ١٩٨١ ص ١٧٨ - الدكتور عبد المنعم البدراوى - شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية ١٩٥٦ ص ١٨٠ - الدكتور محمد على عرفة - شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية الجزء الأول ١٩٥٠ ص ٤٢٤ ٠

لا يجوز للشريك طلب القسمة اذا كان مجبرا على البقاء فى الشيوع :

نصت المادة ٨٣٤ مدنى - كما رأينا - على أنه لا يجوز للشريك طلب قسمة المال الشائع اذا كان مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، فالبقاء فى الشيوع اما أن يكون بموجب نص فى القانون أو بموجب اتفاق ونعرض لهاتين الحالتين فيما يأتى :

٦ - اولا : البقاء فى الشيوع بمقتضى نص فى القانون :

قد يكون الشريك فى المال الشائع مجبرا على البقاء فى الشيوع بموجب نص فى القانون ، سواء فى القانون المدنى أو غيره من التشريعات وهو ما يطلق عليه الشيوع الاجبارى ، اذ يجب عليه التزام ما يقضى به النص الذى يفرض الشيوع ، فلا يجوز له طلب القسمة .

ومن مثلة ذلك :

١ - الشيوع الاجبارى مراعاة للغرض الذى أعد له المال الشائع وفقا لنص المادة ٨٥٠ مدنى والتى تجرى على ن : (ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته ، اذا تبين من الغرض الذى أعد له المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع) . فالعبرة فى هذا الشأن بالغرض الذى أعد له المال الشائع ، فاذا كان هذا الغرض يقتضى أن يبقى المال دائما على الشيوع ولا يمكن الانتفاع به الا مع بقائه على هذه الحال كان الشيوع اجباريا . وهذه مسألة موضوعية فقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما اذا كان المال الشائع ضروريا للاستعمال المشترك وما اذا كانت القسمة من شأنها أن تعوق استعمال هذا المال أو تجعل الانتفاع به على النحو الذى أعد له مستحيلا .

ويمكن أن ترد حالات الشيوع الاجبارى الى نوعين :

١ - الشيوع الاجبارى أصليا ، بمعنى أن الأشياء الشائعة لا تكون تابعة لعقار ، وانما توجد مستقلة ، فهى توجد مستقلة وتكون مخصصة

بطبيعتها لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد على وجه دائم ، كمباني المدافن العائلية(٦) وكصور ووثائق الأسرة ٠

٢ ــ الشيوع الاجبارى تبعا ، وهو الذى تكون الأشياء الشائعة فيه تابعة لعقارات يملكها ملاك مختلفون لكل منهم ملكية مفرزة ، وتعتبر من الملحقات الضرورية المخصصة لخدمة هذه العقارات ٠

وهذا النوع من الشيوع يفوق فى أهميته النوع الأول وتتعدد حالاته فى العمل ٠ ومثل ذلك حالة المسقاة المملوكة لعدة ملاك على الشيوع فيما بينهم مع تخصيصها لرى الأراضى التى يملكها كل منهم ملكية مفرزة ٠ ويتحقق ذلك عملا اذا شق مالك أرض مسقاة خاصة فيها ثم يتوفى عن عدة ورثة ، فقد يرى الورثة عند قسمة الأرض أن يبقوا المسقاة شائعة بينهم مع تخصيصها لرى الأجزاء التى يختص بها كل منهم ٠ ومثل ذلك أيضا الممر أو الفناء الذى يبقيه الشركاء فى الشيوع بعد اقتسام الأراضى المحيطة به(٧) ٠

وقد خص الشارع بعض حالات الشيوع التبعى هذه بتنظيم تفصيلى نظرا لأهميتها ومن أمثلة ذلك :

١ ــ حالة الحائط المشترك ، وهو يفصل بين عقارين مملوك كل منهما ملكية مفرزة لأحد الشريكين فى الحائط ، وهو مخصص لخدمة هذين العقارين (المواد من ٨١٤ ــ ٨١٧ مدنى) ٠

٢ ــ حالة ملكية الأسرة ، فقد نصت المادة ١/٨٥٣ مدنى على أنه ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة ، والاتفاق على

---

(٦) أما أراضى الجبانات فهى من الأموال العامة (م ١/١ ق ٥ لسنة ١٩٦٦) ٠

(٧) الدكتور اسماعيل غانم ــ الحقوق العينية الأصلية ــ الجزء الأول ــ حق الملكية ١٩٥٩ ص ٢٧٨ ٠

انشاء ملكية الأسرة يكون لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة (م ١/٥٨٢ مدنى) .

٣ ـ ما تنص عليه المادة ٤١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ باحكام الولاية على المال من أنه اذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ان توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات اذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضررا جسيما .

(أنظر فى التفصيل بند ١٠٨ وما بعده) .

٧ ـ ثانيا : البقاء فى الشيوع بموجب اتفاق :

ان الحق فى طلب القسمة ليس متعلقا ـ بحسب المبدأ ـ بالنظام العام ، ومن ثم يجوز الاتفاق على تعطيله تعطيلا مؤقتا ، فيتفق الشركاء فى المال الشائع على البقاء فى الشيوع مدة معينة ، وهذا الاتفاق يمنعهم طوال هذه المدة من طلب قسمة المال الشائع .

ويدفع الشركاء الى هذا الاتفاق تحقيق مصلحة لهم فى البقاء بالشيوع مدة معينة ، مثل ذلك أن يكون بين الشركاء غائب يتوقعون عودته بعد فترة معينة ، أو يكون بين الشركاء ناقص الأهلية سيبلغ سن الرشد بعد مدة ليست طويلة ، فيتفقون مع النائب عن ناقص الأهلية على البقاء فى الشيوع مدة معينة حتى يبلغ سن الرشد .

وقد تقتضى القسمة بيع بعض أعيان المال الشائع ويؤدى بيعها فى الحال الى خسارة لهم فيتفقون على البقاء فى الشيوع حتى تسنح لهم الفرصة ببيع هذه الأطيان بما يحقق صالحهم .

ونعرض لأحكام البقاء فى الشيوع بموجب اتفاق تفصيلا على النحو الآتى :

٨ - أحكام خاصة بالاتفاق على البقاء فى الشيوع :

(أ) الاتفاق على البقاء فى الشيوع من اعمال الادارة :

يخضع الاتفاق على البقاء فى الشيوع من حيث انعقاده وصحته لحكم القواعد العامة ٠

غير أنه يجب مراعاة أن الاتفاق على البقاء فى الشيوع من أعمال الإدارة وليس من أعمال التصرف ٠

ويترتب على ذلك أنه يكفى أن تتوافر فى الشريك أهلية الادارة دون أهلية التصرف ٠

(ب) يجوز أن يكون الاتفاق على البقاء فى الشيوع من بعض الشركاء :

لا يلزم أن يكون الاتفاق على البقاء فى الشيوع من جميع الشركاء فى المال الشائع ، وانما يجوز أن يتفق بعض الشركاء فى المال الشائع دون البعض الآخر على البقاء فى الشيوع ، كان يكون من بين الشركاء غائبون فيتفق الشركاء الحاضرون على البقاء فى الشيوع ، ويكون اتفاقهم صحيحا ملزما لمن وافق عليه ، فلا يجوز لأيهم خلال المدة المتفق عليها أن يطلب القسمة(٨) ٠

أما من لم يوافق فلا شك أنه يجوز له فى أى وقت أن يطلب القسمة ، كما يجوز له أن ينضم الى الاتفاق الذى أبرمه البعض ٠

ويجب عدم الخلط فى هذا المجال اذ ربما يقال أنه متى كان هذا الاتفاق

---

(٨) الدكتور السنهورى ص ١١٧٢ - الدكتور منصور مصطفى منصور - حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ١٩٦٥ ص ١٨٨ - الدكتور اسماعيل غانم ص ١٧٣ - الدكتور أحمد سلامة الملكية الفردية فى القانون المصرى الطبعة الأولى ١٩٧٠ (مكررة) ١٩٧٥ ص ٣٦٠ وما بعدها - وقارن الدكتور عبد المنعم البدراوى ص ١٨٠ فيذهب الى أنه يلزم اتفاق جميع الشركاء والا كان الاتفاق لغوا بالنسبة لكل المتفقين ٠

عملا من أعمال الادارة فانه يجوز للأغلبية التى حددها القانون أن تعقده فتلتزم الأقلية به ، لأن عمل الادارة الذى يجوز للأغلبية أن تقرر القيام به متعلق باستغلال المال وليس بمنع قسمته(٩) .

(ج) الحد الأقصى لمدة البقاء فى الشيوع :

أوضحنا سلفا أن المادة ٨٣٤ مدنى تنص على أنه (ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمس سنين) .

فهذه المادة وضعت حدا أقصى للاتفاق على البقاء فى الشيوع هو مدة خمس سنوات .

والحكمة من تحديد المدة المذكورة حدا أقصى للاتفاق على البقاء فى الشيوع ، ألا يجبر الشركاء على البقاء فى الشيوع الا مدة معقولة ، ولكى يظل الشيوع حالة استثنائية فيكون لكل شريك الحق فى طلب انهائها لكى تعود الملكية الى وضعها الطبيعى(١٠) . فلا يجوز أن تزيد مدة البقاء فى الشيوع على خمس سنوات ، أو أن تكون مدة البقاء فى الشيوع مؤبدة أو مدة غير معينة ، كأن ترتبط المدة بواقعة غير معلومة سلفا بأن يتفق الشركاء مثلا على الاستمرار فى الشيوع حتى وفاة أحدهم أو شخص من الغير .

فاذا كانت مدة البقاء فى الشيوع مؤبدة أو غير معينة ، فان هذه المدة تكون خمس سنوات ، وكذلك اذا اتفق الشركاء على مدة تزيد على خمس سنوات ، انقصت هذه المدة الى خمس سنوات ، ما لم يتبين أن المدة المتفق عليها لا تنفصل عن جملة التعاقد ، بمعنى أن الشركاء ما كانوا ليرتضوا الاتفاق بدون هذه المدة كلها ، اذ أنه حينئذ يبطل الاتفاق كله طبقا للقاعدة العامة فى انتقاص العقد(١١) التى نصت عليها المادة ١٤٣ مدنى بقولها :

---

(٩) أحمد سلامة ص ٣٦٠ وما بعدها .
(١٠) محمد على عرفة ص ٤٢٤ .
(١١) السنهورى ص ١١٧٢ — الدكتور عبد المنعم البدراوى حق =

(اذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل . الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كله) . غير أن تحريم زيادة مدة الاتفاق على البقاء فى الشيوع على خمس سنوات ، لا يمنع من الاتفاق من جديد على مدة أخرى ، ولعدد غير محدد من المرات .

والاتفاق على التجديد لكى ينتج أثره كاملا يجب أن يتم بعد انقضاء مدة خمس السنوات السابقة . أما اذا اتفق الشركاء المشتاعون على تجديد اتفاقهم لمدة خمس سنوات أخرى قبل انقضاء المدة الأولى ، فان خمس السنوات الجديدة يبدأ سريانها فى الحال من وقت الاتفاق عليها دون انتظار لانتهاء المدة الأصلية . اذ أن القول بغير ذلك يجعل الشركاء فى الشيوع ملتزمين من وقت الاتفاق الجديد بالبقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات ، وهذا لا يجوز(١٢) .

واذا تضمن الاتفاق شرطا يقضى بتجديد المدة بعد انقضائها ، لا يسرى الاتفاق الا لمدة خمس سنوات دون تجديد تلقائى . أما اذا كانت المدة الأصلية أقل من خمس سنوات كأن كانت ثلاث سنوات مثلا وتضمن الاتفاق شرطا بالتجديد مدة سنتين أخريين جاز ذلك ، اذ كان فى الامكان الاتفاق على خمس سنوات من البداية(١٣) .

= الملكية الطبعة الثانية ١٩٦٤ - الدكتور جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية الكتاب الأول حق الملكيه ١٩٧٤ ص ١٤٨ - منصور مصطفى منصور ص ١٨٨ - اسماعيل غانم ص ١٧٢ وما بعدها - وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أنه : (وقد يتفق الشركاء فى الشيوع المعتاد على البقاء فيه الى أجل يجب ألا يزيد على خمس سنين ، فاذا زاد أنقص الى المدة المنصوص عليها فى هذه المادة) - مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٠١ .

(١٢) السنهورى ص ١١٧٣ وما بعدها - اسماعيل غانم ص ١٧٣ - الصدة ص ٢٢٠ .

(١٣) السنهورى ١١٧٤ هامش (٢) .

غير أن هناك وسيلة عملية يستطيع بها الشركاء الشائعون التوصل الى عدم التقيد بالحد الأقصى المنصوص عليه بالمادة ٨٣٤ ، وذلك بانشاء شركة يكون راس مالها من حصصهم فى الشىء الشائع • فتنطبق فى هذه الحالة قواعد الشركة لا قواعد الشيوع ، فيصح الاتفاق على أن تستمر الشركة مدة تزيد على خمس سنوات[١٤] •

٩ ـ هل الاتفاق على قسمة المهياة يحول دون طلب القسمة النهائية؟

قسمة المهياة ـ كما سنرى ـ هى التى يتفق فيها الشركاء على تنظيم الانتفاع بالشىء الشائع بحيث يحصل كل شريك على قدر من منافعه يتناسب مع حصته ، وهى تكون مهاياة مكانية أو زمانية • ولا يصح الاتفاق على قسمة المهاياة لمدة تزيد على خمس سنين (م ١/٨٤٦ مدنى) •

(أنظر فى التفصيل موضوع رقم ٨) •

وقد اختلف الفقه حول ما اذا كان الاتفاق على قسمة المهاياة يمنع من طلب القسمة النهائية طيلة مدته أو لا يمنع • فذهب رأى الى أنه لا يجوز لأحد الشركاء أن يطلب قسمة الأعيان الشائعة ، قبل انتهاء المدة المتفق عليها فى قسمة المهاياة ، لأن تلبية القسمة فى هذه الحالة يؤدى الى نقض اتفاق المهاياة قبل انقضاء مدته ، وهو لا يجوز الا برضاء الشركاء جميعا[١٥] •

ويستطرد بعض أنصار هذا الرأى تأييدا له أنه من المشروع أن يثق كل شريك فى أنه بمقتضى المهاياة يستمر الشيوع الى مدة معينة • وبالتالى يكون مشروعا اعتقاده بأن أحدا من الشركاء لن يطلب قسمة المال قسمة نهائية متى كانت المهاياة سارية ، وبعبارة أخرى فان مقتضى المهاياة أن يمتنع على الشريك طلب القسمة مدة التهايؤ • فهذا هو ما يقضى به مبدأ حسن

---

(١٤) اسماعيل غانم ص ١٧٣ •
(١٥) محمد على عرفة ص ٤٥٤ وما بعدها ـ أحمد سلامة ص ٣٦٢ •

النية فى تنفيذ العقود(١٦) ٠

وذهب رأى آخر الى أن الاتفاق على قسمة مهاياة لتنظيم الانتفاع بالشىء مدة معينة لا يحول دون أن يكون للشريك الحق فى طلب القسمة النهائية قبل انقضاء هذه المدة ، ذلك أن اتفاق الشركاء على نظام معين للانتفاع بالشىء الشائع مدة معينة ، سواء اتخذ هذا الاتفاق صورة قسمة مهاياة أو أية صورة أخرى ، انما هو اتفاق يتعلق بطريقة الانتفاع ، فهو لا يسرى فى حدود المدة المتفق عليها الا طالما كان الشيوع قائما ، ومن ثم فانه ينقضى بانقضاء الشيوع بأى سبب من أسباب انقضائه بما فيها القسمة النهائية(١٧) ٠

فضلا عن ان من مقتضى الرأى الأول أن أى اتفاق على تنظيم الانتفاع بالمال الشائع يترتب عليه منع طلب القسمة ، اذ ليس هناك ما يبرر أن تختص قسمة المهاياة بهذا الأثر وحدها دون غيرها من صور الاتفاق على تنظيم المال الشائع ٠ بل ان منطق هذا الرأى يؤدى الى القول بأنه اذا وضعت اغلبية الشركاء نظاما للانتفاع بالمال الشائع فلن يجوز لأى من الشركاء طلب القسمة أثناء المدة التى حددتها الأغلبية لهذا النظام ، اذ أن النظام الذى تضعه الأغلبية ملزم لكافة الشركاء طبقا للمادة ١/٨٢٨ ، مثله فى ذلك مثل قسمة المهاياة وهذا كله غير مقبول(١٨) ٠

والرأى الثانى هو الذى نرى الأخذ به ٠

١٠ ـ اشتراط الواهب والموصى على الشركاء البقاء فى الشيوع :

قد يهب أو يوصى شخص لعدة أشخاص بمال شائع ، وتتضمن

---

(١٦) أحمد سلامة ص ٣٦٢ وما بعدها ٠
(١٧) عبد المنعم الصدة ص ٢٢١ ـ منصور مصطفى منصور ص ١٨٩ ـ اسماعيل غانم ص ١٧٥ ٠
(١٨) اسماعيل غانم ص ١٧٥ ٠

الهبة أو الوصية شرطا يفرض على هؤلاء الأشخاص البقاء فى الشيوع مدة معينة .

وقد اختلف الفقهاء فيما اذا كان هذا الشرط يقع صحيحا ويلزم الشركاء ، أم أنه يقع باطلا فلا يلزمون به .

فذهب البعض الى أن هذا الشرط صحيح ما دام يمنع القسمة لمدة لا تجاوز خمس سنوات ويكون مبنيا على سبب مشروع ، لأن المادة ١/٨٢٣ مدنى تقضى بأنه اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة . ومن ثم فان هذا النص يجيز أن يشترط الواهب أو الوصى عدم جواز التصرف فى المال الموهوب أو الموصى به ، فأولى أن يصح للواهب أو الموصى أن يشترط البقاء فى الشيوع وهو شرط أخف من شرط المنع من التصرف(١٩) . والقول بغير ذلك من شأنه تجاهل الباعث المشروع الذى يدفع الواهب أو الموصى الى ايراد مثل هذا الشرط(٢٠) .

وذهب رأى آخر الى أن هذا الاتفاق يكون باطلا فلا ينفذ فى حق الشركاء ، وذلك لأن الاتفاق على البقاء فى الشيوع استثناء من القاعدة العامة التى تجعل لكل شريك الحق فى طلب القسمة فى أى وقت شاء ، ولما كان المشرع قد جعل مناط هذا الاستثناء اتفاق الشركاء على تقييد حقهم فى طلب القسمة ، فلا يصح أن يفرض عليهم هذا القيد بارادة الواهب أو الموصى الذى يجهل عند عمل الهبة أو الوصية ما ستؤول اليه علاقة الموهوب لهم أو الموصى اليهم من تفاهم أو خلاف ، فيجب أن يترك ذلك لارادتهم ، ولا يصح أن يعترض على ذلك بأن للموصى أن يمنع الموصى اليهم من التصرف فى

---

(١٩) السنهورى ص ١١٧٥ - الصدة ص ٢٢١ - منصور مصطفى منصور ص ١٧٤ .

(٢٠) الصدة ص ٢٢١ .

المـال خلال مـدة معينة فيكون له من باب أولى أن يمنعهم من اقتسامه خلال نفس المـدة ، فهنا قياس مع الفارق اذ أن المنـع من التصرف لا يؤدى الى الاحتكاك المباشر الذى ينجم عن الشيوع(٢١) .

والرأى الأول هو الذى نرى الأخذ به .

١١ - سريان الاتفاق على البقاء فى الشـيوع فى حق الخلف العام والخاص للشركاء :

الاتفاق الذى يعقده الشركاء على البقاء فى الشيوع ، كما يكون ملزما لأشخاصهم فانه يكون ملزما لخلفهم العام كالورثة أو الدائنين ، ولخلفهم الخاص كالمشترين، وذلك عملا بالمـادة ٨٣٤ مدنى التى تنص على أن : (لكل شريك أن يطالب بقسمة المـال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنـع القسـمة الى أجل يجـاوز خمس سنين ، فاذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه) .

ولئن كانت المـادة ١٤٦ مدنى تنص على انه : (اذا أنشـأ العقـد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص . فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء ، اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقـال الشىء) ، فهى تشترط لانتقال الالتزامات والحقوق المذكورة الى الخلف الخاص علمه بوجودها وقت انتقال الشىء اليه ، الا أن الرأى الراجح أن الاتفاق على البقاء فى الشيوع يسرى على الخلف الخاص حتى ولو لم يكن يعلم به وذلك تطبيقا لاطلاق نص المـادة ٨٣٣ واسـتثناء من حـكم المـادة ١٤٦(٢٢) .

---

(٢١) محمد على عرفة ص ٤٢٦ - عبـد المنعم البدراوى ص ١٨٠ - محمد كامل مرسى ص ٢٠٢ .

(٢٢) السنهورى ص ١١٧٢ - أحمد سلامة ص ٣٦٣ - البدراوى ص ١٨١ - عرفة ٤٢٦ وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص ١٨٨ - الصدة ص ٢٢٠ - اسماعيل غانم ص ١٧٢ وهامش (١) .

وتبريرا لهذا الاستثناء يمكن القول أن حكم المادة ١٤٦ يعتبر حكما عاما يسرى على كافة العقود ، أما نص المادة ٨٣٣ فهو حكم يسرى على حالة الاتفاق على البقاء فى الشيوع ، فيكون هذا النص قد أتى باستثناء خاص فى هذا الصدد .

١٢ ـ التعسف فى طلب القسمة :

ان حق طلب قسمة المال الشائع ـ كما أوضحنا سلفا ـ مقرر لكل من الشركاء ، الا أن هذا الحق كغيره من الحقوق يخضع فى استعماله لنظرية التعسف فى استعمال الحق المنصوص عليها بالمادة الخامسة من التقنين المدنى ، ولذلك يجب ألا ينطوى استعمال الشريك المشتاع لهذا الحق على تعسف فى استعماله ، فاذا كان طلب القسمة لا يحقق لطالبه ثمة مصلحة ، أو يحقق له مصلحة تافهة لا تتناسب مع الضرر الكبير الذى يحيق ببقية الشركاء ، كان للقاضى أن يرفض الطلب ، فيظل الشيوع الى وقت تصبح فيه القسمة غير ذات ضرر كبير على الشركاء ، ومثل ذلك أن تكون قسمة المال عينا غير ممكنة ، ولا بد من أن يباع المال وتكون الأسعار فى حالة انخفاض كبير وطارىء(٢٣) .

---

(٢٣) السنهورى ص ١١٧٦ ـ أحمد سلامة ص ٣٥٨ ـ وقارن اسماعيل غانم(ص١٧٥ وما بعدها وهامش(١) بالصحيفة المشار اليها)فيذهب الى أن الأصل أنه ليس للقاضى سلطة تقديرية فى اجابة طلب القسمة أو رفضه ، فليس من شأنه أن يبحث فيما اذا كان اجراء القسمة ضارا أو غير ضار بمصالح الشركاء ، بل تقتصر مهمته على التحقق من وجود التزام بالبقاء فى الشيوع أو عدم وجوده . على أنه يرد على هذا الأصل العام استثناء فى حالة ما اذا قرر الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع التصرف فيه ، فاعترض أحد الشركاء الآخرين طالبا اجراء القسمة ... وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يجعل للمحكمة سلطة تقديرية كأصل عام . فقد كانت المادة ١٢٠٢ من المشروع تتضمن فى فقرتها الأولى النص الذى صار بعد ذلك نص المادة ٨٣٤ من التقنين ، أما فقرتها الثانية فكانت تقضى بما يأتى : « ومع ذلك فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوع، حتى الى ما بعدالأجل المتفق عليه، وحتى لو لم يوجد =

وهنـاك تطبيق تشريعى لهذه الحالة سنعرض له فيما بعد وهو نص المـادة ٤١ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحـكام الولاية على المـال التى تنص على أنه : (اذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر ، فللمحـكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ، أن توقف القسـمة لمدة لا تجاوز خمس سنوات اذا ثبت لها أن فى التعجيل ضررا جسيما) .

١٣ - حـكم التعامل فى التركة المستقبلة :

تنص المـادة ١٣١ من التقنين المدنى على أنه : (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا .

غير أن التعامل فى تركة انســان على قيد الحيــاة باطل ، ولو كان برضاه ، الا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون) .

فالمشرع وان أجاز فى الفقرة الأولى من المادة التعامل فى الأشياء المستقبلة، الا إنه استثنى فى فقرتها من هذا الحكم التعامل فى تركة انسان على قيــد

= أى اتفاق على البقاء فى الشيوع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها ان تامر بالقسمة فى الحال ، حتى قبـل انقضاء الأجل المتفق عليه ، اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك » وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة ، ثم أعيدت فى مجلس النواب . وثار البحث فى مجلس الشيوخ ، وانتهى الى حذفها ثانية توخيا لاستقرار التعامل » .

وقد علق الدكتور أحمد سلامة - وهو من أصحاب الرأى العكسى الوارد بالمتن - على الرأى السابق (ص ٣٥٨ هامش ١) بقوله : (ان القول المذكور بالمتن لا ينبنى على أن للقاضى سلطة التقدير بل ينبنى على فكرة التعسف وفرق بين الأمرين .

ومن ناحية أخرى فان بين ما نذكره بالمتن وبين ما كانت تنص عليـه المـادة ١٢٠٢ من المشروع فرقا فقد كانت هذه المـادة تنص على ما يأتى : ومع هذا فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تامر باستمرار الشيوع حتى الى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقـاء فى الشيوع وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما أن لها أن تامر بالقسمة فى الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك . وقد انتهى الأمر بحذف هذه الفقرة توخيـا لاستقرار التعامل) .

الحياة ولو كان التعامل برضاه ، الا ما استثنى بنص فى القانون · والتركة هى مجموع ما للانسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته ، فاذا كان الانسان على قيد الحياة فهذا المجموع هو الحقوق والديون منظورا اليه وقت الموت هو تركته المستقبلة ، والتعامل المحرم هو الذى يقع على تركة مستقبلة فى مجموعها أو فى جزء من هذا المجموع أو فى مال معين ينظر فيه الى أنه يدخل ضمن أموال التركة ·

ويستوى أن تأتى التركة عن طريق الميراث او الوصية ، أو يكون التعامل بين المورث والورثة أو بين المورث أو الورثة والغير ، ومثال التعامل البيع لوارث أو لأجنبى ، أو الاتفاق مع وارث على اعطائه نصيبا أكبر من نصيبه الذى سيرثه ، وكذلك قسمة التركة(٢٤) ·

واذا وقع هذا التعامل كان باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام ، لأن ذلك يتضمن مخالفة لأحكام الميراث والوصية والتى تتعلق بالنظام العام ·

غير أن القانون أجاز التعامل فى التركة المستقبلة بنص فى صورتين فقط هما الوصية وقسمة المورث لأعيان تركته كما سنرى ·

وقد قضت محكمة النقض بان :

١ - (ان كون الانسان وارثا أو غير وارث وكونه يستقل بالارث أو يشاركه فيه غيره الى غير ذلك من أحكام الارث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا كل هذا مما يتعلق بالنظام العام · والتحايل على مخالفة هذه الأحكام باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها الدعوى · وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة يأتى نتيجة لهذا الأصل ،

---

(٢٤) السنهورى الوسيط جـ ١ طبعة ١٩٦٤ ص ٤١٤ - محمد كمال عبدالعزيز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه ١٩٨٠ الجزء الأول ص٣٥٤ ·

فلا يجوز قبل وفاة أى انسان الاتفاق على شىء يمس بحق الارث عنه ، سواء من جهة ايجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعا أو من جهة الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الارث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه اياه ، جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام) ٠

« طعن رقم ٢ لسنة ٤ ق ـ جلسة ١٩٣٤/٦/١٤ »

٢ ـ (التحايل الممنوع على أحكام الارث لتعلق الارث بالنظام العام هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا ، كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو اعتباره غير وارث وهو فى واقع الأمر وارث ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كايجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية ويترتب على هذا بداهة أن الهبة الصادرة من المورث فى حالة صحته لأحد الورثة تكون صحيحة لخروجها من نطاق التعريف بالتحايل على قواعد الارث على ما ذكر ٠

هذا والاعتراض بأن الوارث يعتبر من الغير بالنسبة الى التصرفات الضارة به الصادرة من المورث لأحد ورثته لا محل له متى كان التصرف منجزا ، اذ القانون لا يحرم مثل هذا التصرف على الشخص كامل الأهلية ولو كان فيه حرمان ورثته ، لأن التوريث لا يقوم الا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه) ٠

« طعن رقم ٩١ لسنة ١٧ ق ـ جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٣ »

٣ ـ (التحايل الممنوع على أحكام الارث لتعلق الارث بالنظام العام هو ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبر شرعا ، كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة بايجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة

أو النقص فى حصصهم الشرعية ، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة ، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم فى الميراث، لأن التوريث لا يقوم الا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه) .

« طعن رقم ٣٨ لسنة ٣٦ ق ـ جلسة ١٩٧٠/٢/٣١ »

٤ ـ (التحايل الممنوع على أحكام الارث لتعلق الارث بالنظام العام هو ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا ، كاعتبار شخص وارثا ، وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كايجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا ، أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية ، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم فى الميراث لأن التوريث لا يقوم الا على ما يخلفه المورث وقت وفاته ، أما ما يكون قد خرج منه حال حياته فلا حق للورثة فيه) .

« طعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ ق ـ جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ »

١٤ ـ وصية المورث بقسمة تركته صحيحة :

نصت المادة ٩٠٨ مدنى على أن : (تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فان زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية) .

وقد نقلت هذه المادة من المادة ١٣ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ باصدار قانون الوصية التى تنص على أن : (تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه

وتكون لازمة بوفاة الموصى فان زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية) • وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم٧١ لسنة ١٩٤٦ عن المادة ١٣ سالفة الذكر انه : (مادة جديدة وضعت لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصلحة التى يراها ، فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه فى التركة ، وأن يوصى بان يكون لكل وارث ما عينه له ، ووصيته بذلك صحيحة نافذة « قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة ») •

وواضح مما تقدم أن المادتين سالفتى الذكر أجازتا للمورث أن يوصى بقسمة أموال تركته ، وذلك استثناء من حكم الفقرة الثانية من المادة ١٣١ مدنى التى تجعل التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل، وعملا بعجز الفقرة المذكورة التى تجيز الاستثناء من هذه القاعدة بنص فى القانون • وعلى ذلك ، يجوز للمورث أن يوصى بتقسيم أموال تركته على جميع ورثته ، كما يجوز له ان يوصى بتقسيم بعض اموالها ، على أن يظل الباقى تركة بينهم •

فاذا كان ما أوصى به المورث لأحد ورثته المستقبلين يزيد على نصيبه الميراثى اعتبرت الزيادة وصية وتاخذ حكمها ، وتنفذ دون اجازة باقى الورثة اذا كانت فى حدود ثلث التركة •

وقد قضت محكمة النقض بان :

١ ـ (النص فى المادة ٩٠٨ من القانون المدنى على أن : « تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى ، بحيث يعين لكل وارث او لبعض الورثة قدر نصيبه ، فاذا زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية » لا يفيد ان الوارث يكتسب ملكية نصيبه فى التركة بالميراث اذا أوصى له المورث بما يعادل هذا النصيب ، ذلك أن النص المذكور انما يعرض الى القسمة التى يجريها المورث فى تركته بين

بورثته حال حياته وتكون فى صورة وصية) .

« طعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٩ ق - جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ »

٢ - (المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع تحصيل المعنى الذى قصده المتعاقدان من عبارات العقد مستهدية بالظروف التى احاطت به طالما كان ما استخلصته لا يخرج عن المعنى الذى تحتمله تلك العبارات ، ولما كان نص المادة ٩٠٨ من القانون المدنى يقضى بأنه تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه فان زادت قيمة ما يعين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية . ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أيد الحكم الابتدائى الذى اعتمد تقرير الخبير والذى انتهى الى زيادة نصيب الطاعنة وأخواتها بمقتضى الاتفاق المؤرخ ١٩٦٧/٧/٤ عن حقهن الشرعى فى الميراث واعتبر الزيادة وصية لا تنفذ فى حقها الا فى حدود الثلث وقدر نصيب الطاعنة ميراثا ووصية فان هذه النتيجة تكون قد صادفت صحيح القانون ويضحى النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب على غير أساس) .

« طعن رقم ١٧٥٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٦/٢/٢٣ »

١٥ - جواز الرجوع عن الوصية :

نصت المادة ٩٠٩ مدنى على أن : (القسمة المضافة الى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائما . وتصبح لازمة بوفاة الموصى) . وتتفق هذه المادة والفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ التى تجرى على أن : (يجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة) .

وعلى ذلك يجوز للمورث - قبل وفاته - أن يرجع عن وصيته لورثته أو بعضهم بقسمة أعيان تركته ، فاذا توفى كانت تركته شائعة بين الورثة .

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن للموصى أن يرجع فى وصيته ما دام

سليم الأهلية وذلك لأن الوصية تبرع ولأن الرجوع فيها يحصل قبل أوان تملكها(٢٥) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بان :

١ - (لا تكون الوصية لازمة الا بوفاة الموصى اذ من حقه الرجوع فيها كلها أو بعضها حال حياته ، ولا تتحدد شروط الوصية - بصفة نهائية - الا وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الارادة منه) .

« طعن رقم ٤١٤ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٦٢/٦/٢١ »

٢ - (مؤدى نص المادتين ١٨ ، ٢٠ من قانون الوصية أن وجود الموصى به المعين فى ملكية الموصى يجب أن يستمر من وقت صدور الوصية الى وقت قبولها ، لأن الوصية عقد غير لازم فما يكون شرطا لانشائه يكون شرطا لبقائه ، حتى يتقرر ويلزم بالقبول بعد الوفاة) .

« طعن رقم ٥٢٠ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٧٦/٥/٢٧ »

٣ - (مفاد نص المادتين ٢ ، ١٨ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن الوصية بحسب الأصل تصرف غير لازم لا تنفذ الا بعد الوفاة ، ولا يترتب عليها أى حق قبلها ، فيجوز من ثم للموصى الرجوع صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها ما دام أن الرجوع الصحيح يكون بأى عبارة ينطقها الموصى أو يكتبها وتدل بوضوح على أنه غير راغب فى الابقاء على الوصية) .

« طعن رقم ٧ لسنة ٤٥ ق - احوال شخصية - جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ »

٤ - (متى كان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع برجوع الموصية فى الوصية التى سترها عقد النزاع بالوصية

---

(٢٥) المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم التركة والحقوق المتعلقة بها ص ٨١٣ .

الرسمية اللاحقة ، ومن ثم لا يقبل منه التحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض) •

« طعن رقم ٨٠٤ لسنة ٤٤ ق ـ جلسة ١٩٨١/٤/٧ »

١٦ ـ حالة عدم شمول القسمة جميع اموال المورث :

نصت المادة ٩١٠ مدنى على أنه : (اذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته ، فان الأموال التى لم تدخل القسمة تؤول شائعة الى الورثة طبقا لقواعد الميراث) •

فالقسمة قد لا تشمل جميع أموال المورث وقت الوفاة ، اما لأن المورث يريد ذلك لمبررات يقدرها ، فيترك بعض أمواله شائعة ، واما أنه قد آلت الى المورث بعد القسمة وقبل وفاته أموال أخرى ولم يدخلها فى القسمة التى أجراها •

وحكم ذلك أن الأموال المذكورة تؤول الى ورثته عند وفاته شائعة ، ولهم اجراء قسمة جديدة فيها •

أما اذا تصرف المورث قبل وفاته فى بعض الأموال التى شملتها القسمة فيختل التوازن في القسمة التى أجراها ، فان ذلك يعد رجوعا من المورث عن وصيته لأن القسمة هنا تمت بطريق الوصية ، وتؤول الأموال الى ورثته عند وفاته شائعة كأن قسمة لم تتم •

وفى هذا جاء بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى :

(ففيما يتعلق بالأموال ، اذا لم تدخل فى القسمة أموال تركها عند موته ، بقيت هذه الأموال شائعة بين الورثة ، واذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث فى بعض الأموال التى دخلت القسمة فان القسمة تبطل ويجب اجراء قسمة جديدة)(٢٦) •

---

(٢٦) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٢٨٧ •

١٧ – موت بعض الورثة قبل وفاة المورث :

تنص المـادة ٩١١ مدنى على أنه : (اذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا فى القسـمة ، فان الحصـة المفرزة التى وقعت فى نصيب من مات تؤول شائعة الى الورثة طبقا لقواعد الميراث) .

وقد أوضحت ذلك المذكرة الايضـاحية للمشروع التمهيدى بقولها :

(... واذا نقصوا بأن مات أحـد منهم قبل وفاة المورث ، ولم تتغير أنصـباء الباقى بعد هذا الموت ، فان الحصـة المفرزة التى وقعت فى نصيب من مات تؤول شـائعة لبقية الورثة بنسبة حصة لكل منهم فى الميراث وان حجب أحـد منهم بوارث وجد بعد القسـمة وتغيرت الأنصـباء بهذا الحجب بطلت القسمة)[٢٧] .

١٨ – زيادة الورثة عما كانوا عليه وقت الوصية :

قد يزيد عـدد الورثة وقت وفاة المورث عن عددهم وقت الوصية ، وهو ما يترتب عليه تغيير فى أنصـبة الورثة ، وفى هذه الحالة تبطل الوصية وتنتقل أعيان التركة الى الورثة الموجودين وقت الوفاة شـائعة ولهم اجراء القسمة اذا أرادوا .

وفى هذا تقول المذكرة الايضـاحية للمشروع التمهيدى :

(وفيما يتعلق بالورثة اذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية ، فان القسمة تصبح باطلة)[٢٨] .

١٩ – عدم تناول القسـمة كل ديون التركة أو عدم موافقة الدائنين :

تنص المـادة ٩١٣ مدنى على أنه : (اذا لم تشمل القسـمة ديون التركة أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على هذه القسمة ، جاز عند عدم

---

(٢٧) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٢٨٧ .

(٢٨) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٢٨٧ .

تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقا للمادة ٨٩٥ ، على أن تراعى بقدر الامكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيت عليها) .

فالمقرر أنه يجب لنفاذ القسمة التى يجريها المورث فى حق دائنى التركة ، أن يوافق الدائنون على هذه القسمة . فاذا كانت القسمة شملت ديون التركة ولكن لم يوافق عليها الدائنون ، أو كانت القسمة لم تشمل هذه الديون ، فأحد أمرين :

الأول : أن يتفق الورثة مع الدائنين على تسوية ديونهم ، وفى هذه الحالة ينفذ اتفاقهم وتنفذ قسمة المورث .

الثانى : ألا يتفق الورثة مع الدائنين على تسوية ديونهم ، وفى هذه الحالة تعتبر القسمة التى أجراها المورث غير كاملة ، ويكون لكل منهم أن يطلب اجراء قسمة جديدة من المحكمة المختصة بنظر شئون التصفية طبقا لأحكام المادة ٨٩٥ مدنى التى تجرى على أن : (اذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة ، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الارث .

وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فان استحال تحقيق ذلك ، ولو باضافة ضمان تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها .

وفى جميع هذه الأحوال اذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقا للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص) .

واحتراما لارادة المورث واحتراما لوصيته . يجب على المحكمة أن تلتزم

بنا نصت عليه المادة السابقة بقدر الامكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات العائلية والشخصية التى بنيت عليها هذه القسمة . فلا تنحرف عنها الا لضرورة .

٢٠ — سريان أحكام القسمة على قسمة المورث عدا أحكام الغبن :

نصت المادة ٩١٢ مدنى على أن : (تسرى فى القسمة المضافة الى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن) .

وعلى ذلك تسرى على قسمة المورث كافة الأحكام التى تسرى على القسمة ، عدا أحكام الغبن ، فيسرى عليها أحكام ضمان التعرض والاستحقاق وامتياز المتقاسم .

اما أحكام الغبن التى تسرى على دعوى القسمة فانها تتعارض مع طبيعة قسمة المورث باعتبارها وصية ، فالزيادة فى نصيب أحد الورثة لا تعد غبنا وانما تعد وصية تسرى فى حق باقى الورثة دون اجازتهم فى حدود ثلث التركة جميعها(٢٩) .

٢١ — أنواع القسمة :

اذا اتفق الشركاء على كيفية اقتسام المال الشائع بينهم تمت القسمة

---

(٢٩) وكانت المادة — كما وردت فى المشروع التمهيدى — تنص فى فقرتها الأولى على أن : (تسرى فى القسمة المضافة الى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة ، ويسرى بوجه خاص ما يتعلق من هذه الأحكام بضمان التعرض والاستحقاق ، وما يتعلق منها بالغبن وامتياز المتقاسم) ، ووافقت لجنة المراجعة على النص مع تعديل لفظى الا أن النص عدلته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وجاء بتقريرها : (عدلت الفقرة الأولى فأصبحت « تسرى فى القسمة المضافة الى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة فيما عدا أحكام الغبن » . وقد أخذت اللجنة بحكم يخالف الحكم الذى أخذ به المشروع فلم تجعل الغبن سببا من أسباب الطعن فى القسمة المضافة الى ما بعد الموت دفعا للتداخل بين أحكام الوصية والأحكام المتعلقة بالغبن ... الخ) — مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٨٤ وما بعدها .

بموجب هذا الاتفاق ، فتكون القسمة حينئذ قسمة اتفاقية واذا لم يتفق الشركاء على ذلك تولى القضاء اجراء القسمة بناء على طلب أحد الشركاء المشتاعين ، فتكون القسمة حينئذ قسمة قضائية .

وهذه القسمة ترد على الملك ومن ثم فهى دائمة وتسمى بالقسمة النهائية .

ولا تكون القسمة النهائية قابلة للزوال الا اذا كانت معلقة على شرط فاسخ أو شرط واقف وتحقق الشرط الفاسخ او الشرط الواقف . اذ يترتب على تحقق هذا الشرط زوال القسمة بأثر رجعى شتعتبر كانها لم تكن .

ولذلك تسمى القسمة المعلقة على شرط فاسخ أو واقف بالقسمة غير الباتة .

والقسمة النهائية سواء كانت اتفاقية أو قضائية اما ان تكون قسمة كلية أو قسمة جزئية . واما أن تكون قسمة عينية أو قسمة تصفية .

فالقسمة الكلية أو الكاملة هى القسمة التى تشمل كل الأموال الشائعة ليحصل كل شريك على نصيب مفرز منها . وهذا هو الأصل فى القسمة النهائية .

اما القسمة الجزئية فهى التى تتناول مال من الأموال الشائعة او أكثر وتبقى باقى الأموال شائعة بين الشركاء ، وذلك اما باخراج شريك أو أكثر من حالة الشيوع ويبقى باقى الشركاء كما كانوا ملاكا على الشيوع لما تبقى بعد افراز نصيب من تم اخراجه من حالة الشيوع ، أو تتناول بعض الأموال الشائعة فتقسم بين الشركاء ، بينما تبقى باقى الأموال شائعة كما هى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(الأصل فى انتقال الملكية للورثة أنها تنتقل شائعة بينهم حتى تتم القسمة وعندئذ يعتبر المتقاسم فيما كان محلا لقسمة ، وعلى ما تقضى به

المادة ٨٤٣ من القانون المدنى ، مالكا للحصة التى آلت اليه من وقت ان تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها فى بقية الحصص وبذلك يظل ما لم يدخل القسمة من المال شائعا على حاله شائعا بين الورثة) .

« طعن رقم ٢٨٢ لسنة ٤٠ ق - جلسة ١٩٧٥/٣/٣٠ »

واما بتقسيم الأموال الشائعة الى قسمين أو أكثر بحيث تختص كل مجموعة من الشركاء بقسم منها شائعا بينهم(٣٠) .

وهذه الصورة الأخيرة وان لم يترتب عليها افراز نصيب لكل شريك أو لبعض الشركاء الا أنها تفرز حقوق كل مجموعة من الشركاء عن حقوق غيرهم ويطلق البعض عليها اصطلاح (قسمة طبقات) أو اصطلاح (قسمة فئات)(٣١) .

والقسمة العينية هى التى تؤدى الى افراز نصيب الشريك فى الأموال الشائعة ، وهذا هو الأصل فى القسمة . ويكون الافراز اما بطريقة التجنيب أو بطريق القرعة .

وتكون القسمة العينية بدون معدل أو بمعدل اذا لم يمكن اجراء القسمة الا اذا نال أحد الشركاء نصيبا أكثر من حصته فيدفع للشركاء الآخرين الذين نالوا نصيبا أقل ، مبلغا من النقود يعادل أنصبتهم فتكون معادلة لحصصهم .

والقسمة بطريق التصفية ، تجرى اذا لم يمكن تقسيم الأموال عينا ، فتباع الأموال الشائعة بالمزاد ويجوز بيعها بالممارسة اذا اتفق الشركاء على ذلك ، ويوزع الثمن المحصل من البيع على الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة . وهنا لا يخلو الأمر من أحد فرضين :

---

(٣٠) منصور مصطفى منصور ص ١٨٢ .
(٣١) منصور مصطفى منصور ص ١٨٢ هامش (١) .

١ — أن يتفق الشركاء على أن ينحصر المزاد فيهم ، وهذا حق لهم عملا بالمادة ٨٤١ مدنى وفى هذه الحالة فان المزاد يرسو على واحد منهم ويكون رسو المزاد قسمة بطريق التصفية .

٢ — ألا يتفق الشركاء على أن ينحصر المزاد فيهم . وفى هذا الفرض قد يرسو المزاد على واحد منهم ، فيعتبر هذا الرسو قسمة بطريقة التصفية. وقد يرسو المزاد على أجنبى ، فيعتبر رسو المزاد بيعا من جميع الشركاء على هذا الأجنبى .

وقد ترد **القسمة على المنفعة** وتسمى بقسمة المهايأة ، وهى قسمة مؤقتة لها صورتان : قسمة المهايأة المكانية ، وقسمة المهايأة الزمانية .

ففى الصورة الأولى يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء .

وفى الصورة الثانية يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته .

وهذه القسمة قسمة منفعة — كما قلنا — لا قسمة ملك ، ولا تدوم أكثر من خمس سنوات .

(أنظر فى التفصيل موضوع رقم ٨) .

موضـــوع رقم (٢)
القسمة الاتفــاقية

٢٢ ـ النص القانونى :

المـادة ٨٣٥ مدنى :

(للشركاء ، اذا انعقد اجماعهم ، أن يقتسموا المـال الشائع بالطريقة التى يرونها • فاذا كان بينهم من هـــو ناقص الأهليـــة ، وجبت مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون) •

٢٣ ـ القسمة الاتفاقية عقد تسرى عليه الأحكام العامة فى التقنين المدنى :

القسمة الاتفاقية ليست سوى عقد من العقود يبرمه الشركاء المشتاعون بقصد انهاء حالة الشيوع • ومن ثم يخضع فى انعقاده لمـا تخضع له سائر العقود ، سواء من حيث التراضى أو المحـــل أو السبب ، فلابد من تراضى الشركاء ، وتوافر الأهلية وخلو الارادة من العيوب ، واستيفاء المحل لشروطه ووجود سبب مشروع •

ويجب أن يكون الاتفاق على القسمة نهائيا ، فالاتفــاق التمهيدى على أسس القسمة يسقط اذا اعترض أحد الشركاء على تنفيذه[١] •

٢٤ ـ اختيار الشركاء لطريقة القسمة :

نصت المـادة ٨٣٥ مدنى عـــلى أن للشركاء اذا انعقد اجمــاعهم ، أن يقتسموا المـال الشائع بالطريقة التى يرونها •

فللشركاء الاتفاق على أن تكون القسمة عينية فيفرزون نصيب كــل منهم فى المـال الشائع ، وقد تكون القسمة بمعدل أو بغير معدل •

---

(١) محمد على عرفة ص ٤٢٨ •

ولهم الاتفاق على أن تكون القسمة كلية فتشمل المـال الشائع جميعه . أو جزئية يقصرونها على بعض هذا المـال ، فيظل باقى المـال شائعا بينهم على أصله .

ولهم الاتفاق على تجنيب جزء مفرز من المـال الشائع نصيبا لأحدهم بينما يستمر الباقون فى الشيوع ولهم الاتفاق عـلى اجراء القسمة بطريق التصفية فيبيعون المـال الشائع ويقسمون ثمنه على الشركاء كل بحسب مقدار حصته ، ويتفق الشركاء على ذلك عادة اذا كان المـال لا يقبل القسمه العينية أو اذا كانت قسمته عينا تؤدى الى خسارة لهم .

ولهم الاتفاق على بيع جزء فقط من المـال الشائع وقسمة حصيلة ثمنه عليهم بحسب أنصبائهم ، على أن يظل الجزء الباقى شائعا بينهم أو يقسمونه عينا .

ولهم اجراء البيع بطريق الممارسة ، أما اذا اختلفوا فى ذلك فلا مناص من اجراء البيع بالمزاد .

واذا اتفقوا على بيع المـال بالمزاد فلهم أن يقصروا المزايدة على الشركاء . ولهم أن يسمحوا لأجنبى عن الشيوع بالدخول فى المزاد فاذا رسا المزاد على أحد الشركاء اعتبر رسو المزاد قسمة تصفية . أما اذا رسا المزاد على أجنبى اعتبر رسو المزاد بيعا .

٢٥ - اتفاق بعض الشركاء على القسمة :

رأينا أن القسمة عقد كسائر العقود ، ومن ثم فالقسمة لا تتم الا اذا اتفق عليها كل الشركاء فى المـال الشائع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(حالة الشيوع بين الشركاء لا تنتهى الا باتجـاه ارادتهم جميعا الى قسمة نهائية) .

« طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ ق - جلسة ١٩٥١/٥/٣١ »

أما اذا اتفق بعض الشركاء على القسمة دون البعض الآخر فلا تكون القسمة نافذة أى لا يترتب عليها انهاء الشيوع ، ولكن يتقيد بها الشركاء الذين وافقوا عليها فيظل العقد قائما بالنسبة لهم فاذا اقرها الشركاء الآخرون بعد ذلك ، فانها تتم بهذا الاقرار وينتهى بها الشيوع(٢) ٠

وحق هؤلاء الشركاء فى الاقرار بالقسمة لا يرتبط بموعد معين وينتقل الى ورثة من يتوفى منهم ٠

وقد قضت محكمة النقض بان :

١ ـ (اذا كانت القسمة قد عابها أنها لم يشترك فيها الا بعض الشركاء فلا يحق لمن عقدها منهم أن يتمسك ببطلانها المترتب على ذلك ، بل الذى يحق له التمسك بهذا البطلان هو من لم يكن طرفا فيها) ٠

« طعنان رقما ١٠٥ ، ١٣٣ لسنة ١٦ ق ـ جلسة ١٩٤٧/٦/٥ »

٢ ـ (عقد القسمة النهائية الذى يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يظل ملزما لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن توقيع العقد ، بل يظل العقد قائما وللشريك الذى لم يوقعه أن يقره متى شاء ـ وحق الشريك الذى لم يوقع العقد فى اقرار هذا العقد يظل قائما له ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده ، اذ عقد القسمة ليس من العقود التى لشخصية عاقديها اعتبار فى ابرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز اجراؤها قضاء ٠ ولا يحول دون مباشرة الورثة هذا الحق كون العقد الذى لم يوقعه أحد الشركاء ممن خص بنصيب مفرز فيه يعتبر بمثابة ايجاب موجه الى ذلك الشريك فلا خلافة فيه ، اذ هو فى قصد من وقعه ايجاب لا لشخص الشريك

---

(٢) السنهورى ج ٨ ص ١١٨٢ وما بعدها ـ جميل الشرقاوى ص ١٥٠ وما بعدها ـ عبد المنعم الصدة ص ٢٣٤ ـ منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ ـ أحمد سلامة ص ٣٧٥ وما بعدها ٠

الآخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه ، فلا ينقضى بوفاة ذلك الشريك . فالحكم الذى يقضى برفض دعوى صحة ونفاذ عقد قسمة لم يتخلف عن توقيعه من الشركاء الأصليين سوى واحد فوقعه ورثته ، مستندا فى ذلك الى أن أحد موقعى العقد يحق له أن يتحدى بعدم توقيع أحد الشركاء وأن يعتبر العقد غير ملزم له لوفاة هذا الشريك دون توقيعه ولأن ورثته لا يستطيعون قبول العقد بعد وفاته ـ هذا الحكم يكون مخالفاً للقانون) .

« طعن رقم ١٠٦ لسنة ١٨ ق ـ جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣ »

٣ ـ (اذا اشترى زيد قدرا مفرزا من الأطيان من وارث ثم باع هـذا القدر الى بكر ، ثم رفع وارث آخر دعوى بطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا فى التركة اختصم فيها اخوته وزيدا وبكرا ، فقضت المحكمة برفض دعواه تأسيسا على أن قسمة حصلت بينهم وأن هـذه القسمة ملزمة له ولبقية الورثة لاجازته عقدها وموافقة جميع الورثة عليه وانه بموجب هذه القسمة يملك نصيبه فى التركة مفرزا ، ثم رفع هذا الوارث دعوى على زيد وبكر طلب فيها الحكم بتثبيت ملكيته الى القدر الذى اشتراه زيد وباعه الى بكر تأسيسا على أن هذا القدر يدخل فيمـا اختص به بموجب عقد القسمة ، فدفع بكر هذه الدعوى بأن عقـد القسمة باطل لأن بعض الورثة لم يوقعوا عليهم ومنهم الوارث لبائعه ، فقضت المحكمة له بتثبيت ملكيته لهـذا القدر مؤسسة قضاءها على أن عقد القسمة صحيح ملزم لجميع الورثة ومن تلقوا حقوقا عينية منهم ، وانه على فرض أن الوارث البائع لم يوقعـه فان بكرا كان ممثلا فى الدعوى السابقة ولم يبد اعتراضا على العقد عنـدما بحثته المحكمة فى مواجهته وأن زيدا حين اشترى من ذلك الوارث البـائع كان الوارث مالكا على الشيوع فكان بيعه متوقفا على نتيجة القسمة وما دام المبيع لم يقع فى نصيبه فلا يكون لبيعه أثر ، فهذا الحكم لا خطأ فيه . أما الطعن عليه بمقولة أنه أخطأ اذ اعتد بعقد القسمة مع أنه لم يكن مسجلا فلا يجوز الاحتجاج به قبل من تلقوا حقوقا عينية من الورثة بعقود مسجلة وبأنه لم يلق بالا الى أن هذه القسمة باطلة بالنسبة الى بكر لأنهـا قد حصلت فى

غيبته هـو وزيد البائع له ، فهو طعن مردود ، ما دام كل ما أثاره بكر من منازعة لدى محكمة الموضوع فى عقد القسمة انحصر فى أنه لم يوقع عليه الوارث الذى باع لزيد الذى باع له فهو غير ملزم له ، وما رد به الحكم على هذه المنازعة كاف ولا خطأ فيه ، أما ما عدا ذلك مما لم يقدم دليل على سبق التمسك به لدى محكمة الموضوع فلا يعتد به) ٠

« طعن رقم ٤ لسنة ٢٠ ق ـ جلسة ١٩٥١/١٢/٦ »

٤ ـ (عقد القسمة النهائية الذى يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزما لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحـد الشركاء عن التوقيع بل يظل العقد قائما وللشريك الذى لم يوقعه أن يقره متى شاء) ٠

« طعن رقم ٧٨ لسنة ٢٢ ق ـ جلسة ١٩٥٥/٥/١٩ »

٥ ـ (حق الشريك فى اقرار عقد القسمة الذى لم يكن طرفا فيه يظل قائما له ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده ، ذلك أن عقد القسمة ليس من العقود التى لشخصية عاقديها اعتبار فى ابرامها لأنهـا لو لم تتم بالرضا جاز اجراؤها قضاء ، ولا يحول دون مباشرة الورثة لهذا الحق كون العقد الذى لم يوقعه أحد الشركاء ممن خص بنصيب مفرز فيه يعتبر بمثابة ايجاب موجه الى ذلك الشريك فلا خلافة فيه اذ هو فى قصد من وقعه ايجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يتملك نصيبه ، ومن ثم فانه لا ينقضى بموت ذلك الشريك) ٠

« طعن رقم ٧٨ لسنة ٢٢ ق ـ جلسة ١٩٥٥/٥/١٩ »

٦ ـ (عدم نفاذ عقد القسمة فى حق الشريك المشتاع لعـدم توقيعه عليه ٠ التمسك به يكون للشريك الذى لم يوقع عليه أو خلفه) ٠

« طعن رقم ٧٧١ لسنة ٥٣ ق ـ جلسـة ١٩٨٧/٦/٢٥ ـ قرب طعن ٥٣٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥ »

٧ - (عقد القسمة لا يبطله عدم توقيع جميع الشركاء عليه • اعتباره ملزما لكل من وقعه منهم • عدم جواز تحلل الشريك المتقاسم من التزاماته بحجة تخلف شريك آخر عن التوقيع على عقد القسمة • للأخير اقراره متى شاء • مؤداه • انصراف أثره اليه • م ٨٣٥ مدنى) •

« طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢١ »[٣]

ولا يستثنى مما تقدم الا أن يتضمن الاتفاق على القسمة بين الشركاء شرطا بحق الرجوع فى الرضاء اذا لم يوافق باقى الشركاء فى أجل معين ، أو يرجع من رضى من الشركاء بالقسمة عن اتفاقهم مع اخطار الشركاء الذين لم يكونوا طرفا فيه ، شريطة أن يتم هذا الرجوع قبل صدور اقرار بقية الشركاء[٤] •

أما لو استأثر المتفقون بكل المال الشائع وقسموه بينهم - عمدا أو سهوا - فان القسمة تكون باطلة[٥] •

٢٦ - القسمة المعلقة على شرط واقف أو فاسخ :

القسمة عقد كسائر العقود ، ومن ثم يجوز تعليق القسمة على شرط واقف ، كأن يتفق الشركاء على تعليق القسمة على ثبوت ملكية أحد أعيان المال الشائع لأحد الشركاء •

---

(٣) وقد قضى بأن : (عدم توقيع جميع الشركاء على عقدى القسمة ، وكونها لا تصلح للاحتجاج بها على الطاعنين ليس من شأنه أن يحول دون وضع يد المطعون عليهم - شركاؤهم فى الملكية على الأطيان موضوع العقدين - وضعا مؤديا لكسب الملك ، ولا يمنع من أن يتخذ الحكم من هذين العقدين قرينة على ثبوت وضع اليد ، تضاف الى أقوال شاهدى الاثبات) •

« نقض طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧١/٦/٢٤ »

(٤) أحمد سلامة ص ٣٧٦ وما بعدها •

(٥) السنهورى ص ١١٨٣ هامش (١) - أحمد سلامة ص ٣٧٦ هامش (١) •

كما يجوز تعليق القسمة على شرط فاسـخ كأن يتفق الشركاء على انفساخ القسمة اذا استحق جزء من أعيان المال الشائع • أو كأن يعلقوا القسمة على تحول المال الشـائع من أرض زراعية الى أرض بنـاء خلال فترة معينة •

كما يجوز في حالة اتفاق بعض الشركاء فقط على القسمة دون باقى الشركاء ، تعليقها على شرط واقف هو موافقة الشركاء الذين لم يتفقوا معهم على القسمة •

٢٧ ـ القسمة تحتاج الى وكالة خاصة :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ مدنى على أنه : (لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الادارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء) •

ولما كان عقد القسمة من العقود التبادلية ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فانه يلزم لابرامه قيام وكالة خاصة أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض الوكيل فى ابرامه •

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(عقد القسمة من العقود التبادلية ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر • مؤداه • وجوب قيام وكالة خاصة أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض الوكيل فى ابرامه)(٦) •

« طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٨/٤/٢١ »

---

(٦) وقضت محكمة النقض أيضا بتاريخ ١٩٦٢/٥/٣ فى الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ ق بأن عقد القسمة من العقود التبادلية التى تتقابل فيها الحقوق ، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر •

٢٨ – اثبات القسمة :

لما كانت القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، فانها تخضـع فى اثباتها للقواعد العامة فى الاثبات ، فاذا كانت قيمـة المال الشائع محل القسمة تزيد على مائة جنيه – وهذا هو الغالب – فلا يجوز اثبات القسمة الا بالكتابة أو ما يقوم مقام الكتابة ٠

فاذا لم تزد قيمة المال الشـائع محل القسمة على مائة جنيه فانه يجوز اثبات القسمة بالبينة والقرائن (م ٦٠ من قانون الاثبـات معدلة بالقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٩٢) ٠

والمعلوم أن قواعد الاثبات مما لا يتعلق بالنظام العام ، ويجب التمسك بعدم جواز الاثبات بالبينة فى الحالات التى لا يجوز فيها ذلك من الخصم ٠

وقد قضت محكمة النقض بان :

(القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود فتخضع فى الاثبات للقواعـد العامة ، فلا يجوز اثباتها الا بالكتابة أو ما يقوم مقامها اذا زادت قيمة المـال المقسوم على عشرة جنيهات)[٧] ٠

« طعن رقم ١٥١ لسنة ٣٣ ق – جلسة ١٩٦٧/٤/٣٠ »

(انظر فى اثبات القسمة الفعلية البند التالى) ٠

٢٩ – القسمة الفعلية :

القسمة الفعلية قسمة تقوم على التراضى دون اتفاق صريح عليهـا ، فهى تقع عن طريق التعبير الضمنى عن الارادة ٠

وهذه القسمة تسمى بالقسمة الضمنية ، وقد أطلقت عليها محكمـة النقض – كما سنرى – القسمة الفعلية ٠

---

(٧) رفع النصاب الى مائة جنيه بموجب المادة ٦٠ من قانون الاثبات معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ٠

والتراضى الضمنى الذى يؤدى الى القسمة الفعليــة هــو ذلك الذى يستخلص من ظروف الحال ، ويعتبر هذا الاستخلاص مسالة موضوعية ٠

ومثال القسمة الضمنية أو الفعلية أن يتصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز من المــال الشائع يعادل حصته ، فيحذو حذوه كل الشركاء وتتتابع تصرفاتهم حتى اذا قام آخرهم بابرام تصرفه وقعت القسمة .

وهذه القسمة تنطبق عليهــا القاعدة العــامة فى وجوب التسجيل للاحتجاج بها على الغير - كما سنرى - على أنه يكفى فى هذا ، نظرا للطبيعة الخاصة للقسمة الفعلية ، أن تكون التصرفات المتتابعة التى قام بها الشركاء الواحد بعد الآخر قد تم تسجيلها جميعا(٨) ٠

وفى هذا قضت محكمة النقض بان :

١ - (اذا كان الحكم قد استظهر مما استعرضه من التصرفات الصادرة من الورثة فى أوقات مختلفة ، ومما ذكره بعضهم فى عقد صادر منه ببيع بعض ما اختص به من أنه يملك القدر المبيع بمضى المدة الطويلة استظهر من ذلك أن الورثة اقتسموا الأرض المخلفة عن مورثهم ، وأن كل واحد منهم وضع يده على حصة مفرزة من التركة بصفته مالكا المدة المكسبة للملكية ، ثم رتب على القسمة التى قال بها ، ولو أنها لم تكن بعقد مسجل ، نتائجها القانونية فى حق الغير ، فلم يعول على ما كان من أحد الورثة من رهنه الى أحد دائنيه أرضا شائعة لا يملك منها شيئا بمقتضى القسمة ، فانه لا يكون قد خالف القانون فى شىء) ٠

« طعن رقم ٢٢ لسنة ١٢ ق - جلسة ١٩٤٢/١٢/٢٤ »

٢ - (اذا طلب بعض الورثة تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا ، وتبينت

---

(٨) السنهورى ص ١١٨٤ وما بعــدها - أحمد سـلامة ص ٣٧٥ - عبد المنعم الصدة ص ٢٢٤ - منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ - اسماعيل غانم ص ١٨٢ ٠

المحكمة من تقرير الخبير الذى ندب فى الدعوى أنه بعد أن تصرف أحـــد الورثة فى جزء محدود من الأطيان المخلفة عن المورث تصرف سائرهم بالبيع فى أنصبتهم محددة ؛ كذلك وتسلم المشترون منهم ما اشتروه ووضـــعوا اليد عليه محددا ، وأصبحوا جميعا لا يملكون شيئا فى هـــذه الأطيان ، تم رأت أن تصرف سائر الورثة على هذه الصورة فيه اجازة لما تصرف فيـــه ذلك الوارث وأن هذا التصرف وقع صحيحا لأنه كان فى حدود القدر الذى يملكه بالميراث ، ولذلك قضت برفض الدعوى فقضاؤها سليم ولا يمنع من صحة هذا النظر أن يكون تصرف من عدا الوارث الأول لاحقا لتصرفه ، لأن تصرفه هذا ما كان ليرغمهم على قبوله بل لقد كان لهم حق الاعتراض عليه قانونا ، وما داموا هم قد تابعوه وتصرفوا فى أنصبتهم على التحديد كما فعل هو فان تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التى تمت بفعل جميع الورثة على السواء) .

« طعن رقم ٣٩ لسنة ١٤ ق ـ جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١ »

٣ ـ (اذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة ، وبنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يده على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضى المدة مستدلة على ذلك بالبينه والقرائن فهذا الحكم لا يعتبر مؤسسا على التقرير بوقوع تعـاقد على قسمة بين الشركاء ، ولذلك لا يصح النعى عليه أنه قد خالف القـانون اذ هو لم يستند الى دليل كتابى على القسمة) .

« طعن رقم ٤٢ لسنة ١٥ ق ـ جلسة ١٩٤٦/٤/٤ »

٤ ـ (حالة الشيوع بين الشركاء لا تنتهى الا باتجاه ارادتهم جميعـا الى قسمة المـال قسمة نهائية ، واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه اذ قرر عدم حصول قسمة فى العقار المشفوع به قد أقام قضـــاءه على ما حصلته المحكمة تحصيلا سائغا من أن الأعمال المادية التى أثبتها خبير الدعوى ـ استحداث مبان بالمنزل ـ غير قاطعة فى افادة هذا المعنى ووجدت فى تقرير

الخبير وأوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها دون حاجة الى الاستعانة برأى خبير آخر فان النعى على الحكم بالقصور فى التسبيب استنادا الى أنه لم يرد على المطاعن التى وجهها الطاعن الى الخبير والى أعماله ولأنه مسخ محضر مناقشة الخبير هذا النعى يكون فى غير محله) .

« طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ ق — جلسة ١٩٥١/٥/٣١ »

٥ — (لكل من الشركاء على الشيوع حق تأجير المال الشائع كله أو بعضه من غير أن يعتبر ذلك دليلا على حصول قسمة هذا المال ، واذن فمتى كان الطاعن فى مقام الاستدلال على حصول قسمة العقار المشفوع به قد تمسك بأن المطعون عليه الأول قد عرض على مجلس المديرية تأجير قسم مفرز معادل لنصيبه من هذا المنزل غير مجاور للمنزل المشفوع فيه واستدل على ذلك بما ورد بمحضر انتقال المحكمة الى هذا المجلس ، وكان الثابت من هذا المحضر أنه وان كان المنزل الذى عرض المطعون عليه الأول تأجيره على المجلس معادلا لنصيبه فى العقار المشفوع به الا أنه لا يوجد فى الأوراق ما يفيد وجود حدود له ولا حصول قسمة بين الورثة ، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر أنه لا يمكن من الاطلاع على محضر الانتقال معرفة ما اذا كان المبنى المجاور للمنزل المشفوع فيه أو جزء منه فقط ، فان النعى عليه القصور فى التسبيب استنادا الى أنه مسخ محضر الانتقال فيما استنتجه منه يكون على غير أساس متى كان طلب التأجير خاليا من بيان حدود العقار المراد تأجيره أو ما يفيد حصول قسمة المنزل) .

« طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ ق — جلسة ١٩٥١/٥/٣١ »

٦ — (على أنه اذا كان مرمى دفاع الطاعن الذى أبداه أمام محكمة الموضوع هو حصول قسمة فعلية مما يجوز اثباتها بالبينة فان الحكم المطعون فيه قد نفى حصول أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة بقوله « وينقض هذا الدفاع أن أخ المستأنف عبد الحميد عبد الرازق سبق أن رفع على المستأنف (الطاعن) فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ الدعوى ٣١٧ سنة ١٩٤٩ مدنى كلى

المنصورة يطلب فيها نفس طلبات المستأنف عليهم (المطعون ضدهم) في الدعوى الحالية وقضى له ابتدائيا ببطلان عقد البيع المسجل في أول مارس سنة ١٩٤٤ وانتهت الدعوى صلحا في الاستئناف الأمر الذي يدل على أن اخوة المستأنف بمجرد وفاة والدهم لم يرتضوا نفاذ هذا العقد المسجل بالنسبة لهم » وهذا الذي قرره الحكم المطعون فيه يفيد أن المحكمة رأت في أوراق الدعوى والأدلة المقدمة فيها ما يكفي لتكوين عقيدتها بعدم حصول أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة وعدم رضائهم بنفاذ عقد الطاعن وذلك بغير حاجة لاجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن وهذا من حق محكمة الموضوع) .

« طعن رقم ١٥١ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠ »

٧ - (القسمة الفعلية تتحقق في صورة ما اذا كان تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم في جزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع ، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه . واذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن التصرفات التي تمت بعد صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ لم يقم بها الشركاء جميعا في الأعيان التي كانت موقوفة ، وانما صدرت من بعضهم دون البعض الآخر ، فانه لا يتوافر بها حصول قسمة فعلية بين هؤلاء الشركاء)

« طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٣٦ ق - جلسة ٢٦ يناير ١٩٧١ »

الاجراءات الواجب اتباعها عند اجراء القسمة
فى حالة وجود ناقص الأهلية
بين الشركاء المشتاعين

٣٠ — المقصود بناقص الأهلية :

نصت المادة ٨٣٥ مدنى على أن للشركاء اذا انعقد اجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها • فاذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون •

والمقصود بناقص الأهلية ، القاصر او المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، أو الغائب •

وقد أوجبت المادة اتباع الاجراءات التى يفرضها القانون فى حالة وجود من هو ناقص الأهلية ولم تحدد القانون الذى يجب اتباعه •

والمقصود هو المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال ، فهو الذى ينص على الأحكام المنظمة لرعاية حقوق ناقصى الأهلية، وقد تضمن المرسوم بقانون المذكور فى هذا الشأن نص المادتين ٤٠ ، ٧٩ •

وقد قصد من الاجراءات الواردة بهاتين المادتين — كما سنرى — حماية ناقص الأهلية عند اجراء القسمة ، فقد تكون هذه القسمة ضارة أو مجحفة به • وقد اعتبر المشرع القسمة — لخطورتها — من أعمال التصرف وليس من أعمال الادارة المعتادة التى يستقل بها الوصى •

٣١ — النصان القانونيان :

المادتان ٤٠ ، ٧٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال •

مـادة (٤٠) :

(على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى اذا كانت له مصلحة فى ذلك فاذا أذنت المحكمة عينت الاسس التى تجرى عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع • وعلى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية •

وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال الى حصص •

ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك •

واذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال الى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم •

ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص) •

مـادة (٧٩) :

(يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن مال القاصر من أحكام) •

الأحكام الواردة بالنصين :

٣٢ ـ أولا : وجوب استئذان الوصى أو من فى حكمه المحكمة فى قسمة أموال ناقص الأهلية :

أوجبت المادة ٤٠ على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى اذا كانت له مصلحة فى ذلك ، فقد يرى الوصى أنه

لا مصلحة للقاصر فى القسمة ، أو أنها ضارة به ، فيرفض من تلقاء نفسه اجراء القسمة ، فلا يكون ثمة وجه للجوء الوصى الى المحكمة ٠

فاذا رأى الوصى أن للقاصر مصلحة فى القسمة فانه يتعين عليه استئذان المحكمة المختصة فى قسمة أموال القاصر ٠

ونشير الى أنه ليس معنى العبارة الواردة فى نهاية المادة ٨٣٥ مدنى التى توجب مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون ، أنه يكون من المتعين التجاء الوصى الى القسمة القضائية اذا رأى قسمة مال القاصر كما تذهب الى ذلك المذكرة الايضاحية للتقنين المدنى(٩) ٠ وانما معناها هو وجوب مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون المنظم لأحكام الولاية على المال ، فاتباع اجراءات القسمة القضائية لا يكون الا حيث تأمر بذلك المحكمة التى يستأذنها الوصى فى الاتفاق على القسمة كما سنرى(١٠) ٠

والمشرع ـ كما أوضحنا سلفا ـ اعتبر القسمة من أعمال التصرف نظرا لخطورتها ٠

وما يسرى على الوصى يسرى على القيم على المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، وعلى وكيل الغائب ، فقد نصت المادة ٧٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن قسمة مال القاصر من أحكام ٠

٣٣ ـ هل يتعين على الولى الشرعى استئذان المحكمة فى قسمة أموال ناقص الأهلية ؟

لا يسرى الالتزام المنصوص عليه فى المادتين ٨٣٥ مدنى ، ٤٠ من

---

(٩) فقد جاء بها : « اذا تقرر القسمة ولم يكن فى الشركاء من هو ناقص الأهلية ، فلهم أن يتفقوا عليها وتكون القسمة فى هذه الحالة عقدا يسرى عليه من الأحكام ما يسرى على سائر العقود ٠ أما اذا لم ينعقد الاجماع فيما بينهم ، أو كان فيهم من هو ناقص الأهلية وجب اتباع اجراءات القسمة القضائية » ـ مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٠٥ ٠

(١٠) البدراوى ص ١٣٤ ٠

المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ سالفتي الذكر على الولى الشرعى اذا كان هو الأب ، فلا يلتزم باستئذان المحكمة فى قسمة أموال ناقص الأهلية ، لأن المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أطلقت يد الأب فى التصرف فى أموال القاصر عدا بعض القيود التى أوردتها ، ليس من بينها قسمة مال القاصر ، فقد نصت على أن : (يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله ادارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون) .

أما اذا كان الولى هو الجد فانه يلتزم باستئذان المحكمة شأن الوصى لأن المادة ١٥ من المرسوم بقانون المذكور تنص على أنه : (لا يجوز للجد بغير اذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التامينات أو اضعافها) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بان :

(النص فى المادة ٨٣٥ من القانون المدنى على أن : « للشركاء اذا انعقد اجماعهم ، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها ، فاذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون » وفى المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن : « يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله ادارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون » وفى المادة ٤٠ منه على أن : « على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى » يدل مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالنسبة للولى فى مجال القسمة ، على أن يجرى القسمة بالتراضى عن أولاده القصر دون حاجة لاستئذان محكمة الأحوال الشخصية أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة) .

« طعن رقم ٧٠٢ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٥/١١/٦ »

٣٤ – سلطة المحكمة فى الاذن باجراء القسمة :

اذا رأت المحكمة أن لناقص الأهلية مصلحة فى القسمة كان لها أن تأذن للوصى ومن فى حكمه باجرائها .

واذا أذنت المحكمة باجراء القسمة عينت للوصى ومن فى حكمه ما تراه لازما لحماية مصالح غير كامل الأهلية من أسس واجراءات .

وبعد أن تتم القسمة يجب على الوصى ومن فى حكمه عرض عقد القسمة على المحكمة للتثبت من عدالة القسمة وأنها تمت طبقا للأسس والاجراءات التى قررتها ، فاذا تحقق لها ذلك قررت اعتماد القسمة .

وللمحكمة مع هذا أن ترفض القسمة وأن تكلف الوصى ومن فى حكمه باتخاذ اجراءات القسمة القضائية ، فتكليف الوصى ومن فى حكمه باتخاذ اجراءات القسمة القضائية هو أمر يخضع لتقدير المحكمة .

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى هذا الشأن ما يأتى :

(ولما كانت القسمة تصرفا له خطره فقد أوجبت المادة ٤٠ على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى اذا كانت له مصلحة فى اجرائها على هذا النحو ولم يكن هناك بد من احاطة هذه القسمة بضمانات لحماية مصلحة القاصر . ولذلك نصت المادة نفسها على أنه يتعين على المحكمة اذا أذنت أن تبين الأسس التى تجرى عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع كما أوجبت على الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها وتركت أخيرا للمحكمة حرية تقدير وجوب الالتجاء الى اجراءات القسمة القضائية فى جميع الأحوال) .

٣٥ – جزاء عدم استئذان الوصى ومن فى حكمه المحكمة فى اجراء القسمة الاتفاقية :

اذا تمت القسمة بغير مراعاة القواعد السابقة والمنصوص عليها فى

المـاد ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ سواء بعدم حصـول الوصى أو القيم أو وكيل الغائب بداءة على اذن المحـكمة بالقسمة ، أو لم يقم بعرض نتيجة القسمة عليها لتامر باعتمادها ، فقد ذهبت محـكمة النقض وأيدها بعض الشراح[11] الى أن القسمة تكون قابلة للابطال لمصلحة ناقص الأهلية ٠

وفى هذا قضت محـكمة النقض بان :

١ـ (اجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، على أن يحصل الوصى أو القيم على اذن من الجهة القضائية المختصة باجراء القسـمة على هذا الوجه وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسـمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا فى حق ناقص الأهلية ٠ واذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الاجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حـكمه حتى لا يتعاقد الوصى أو القيم على تصرف ليس له فى الأصل أن يستقل به ، فان هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به الا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد ان كان قاصرا أو عنـد رفـع الحجر عنه ان كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان واجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الاجراءات) ٠

« طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ ق ـ جلسة ١٩٦٤/١/٢٣ »

٢ ـ (البطـلان المترتب على عدم اتبـاع الاجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للشركاء القصر فى عقد القسمة هو بطلان نسبى لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به) ٠

« طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٥ ق ـ جلسة ١٩٦٩/١١/٦ »

٣ ـ (استصدار اذن محكمة الأحوال الشخصية للنـائب عن ناقص

---

(١١) السنهورى ص ١١٨٩ وما بعدها ـ عبد المنعم الصدة ص ٢٢٣ ٠

الأهلية ليس بشرط للتعاقد أو التصرف وانما قصد به ـ على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ الى رعاية حقوق ناقصى الأهلية والمحافظة على أموالهم بالنسبة لتصرفات معينة ولهم وحدهم بعد بلوغهم سن الرشد الحق فى ابطال هذه التصرفات) .

« طعن رقم ٣٧٠ لسنة ٥٠ ق ـ جلسة ١٩٨٤/٣/٢٥(١٢) »

---

(١٢) وفى رأينا أن عقد القسمة ـ فى الحالة محل البحث ـ لا يكون قابلا للابطال لمصلحة ناقص الأهلية ، وانما هو صحيح غير نافذ فى حقه لأن البطلان لا يكون الا فى العلاقة بين طرفى العقد والنائب الذى يتجاوز حدود نيابته يكون فى حكم الغير ، كما أن العقد فى حالتنا هذه لا ينتج أثره من وقت حدوثه على خلاف البطلان النسبى اذ ينتج العقد جميع آثاره من وقت حصوله على أن تزول هذه الآثار اذا تقرر بطلانه .

وقد اخذت بهذا الرأى المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ اذ جاء بها : (وبديهى أن عدم الحصول على اذن المحكمة فى جميع الحالات التى يشترط فيها القانون ذلك يجعل تصرف الولى أو عقده بوجه عام غير نافذ فى حق الصغير لانتفاء الولاية) .

وقد أخذت محكمة النقض أيضا بهذا الرأى فى بعض أحكامها اذ قضت بأن :

١ ـ (نيابة الولى عن القاصر هى نيابة قانونية ، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذى يقوم به الى القاصر أن يكون هذا العمل فى حدود نيابته أما اذا جاوز الولى هذه الحدود فانه يفقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة الى القاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير الا بقدر المنفعة التى عادت عليه بسببها) .

« طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ ق ـ جلسة ١٩٧٧/١/٣١ »

٢ ـ (نيابة الوصى عن القاصر هى نيابة قانونية ينبغى أن يباشرها ـ وفقا لما تقضى به المادة ١١٨ من القانون المدنى ـ فى الحدود التى رسمها القانون . ولما كان النص فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال قد حظر على الوصى مباشرة تصرفات معينة الا باذن المحكمة ، من بينها جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق ، فانه ينبنى على ذلك أن الوصى اذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون اذن المحكمة يكون متجاوزا حدود نيابته ويفقد بالتالى فى ابرامه لهذا التصرف صفة النيابة فلا تنصرف آثاره الى القاصر) . =

كما قضت المحكمة بشأن عقد المقايضة بأنه :

(اذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر عقد المقايضة التى عقدته الوصية بدون اذن المحكمة الحسبية هو عقد باطل بطلانا نسبيا يصح باجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وجعل الاجازة تستند الى التاريخ الذى تم فيه العقد فانه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح) .

« طعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ ق ـ جلسة ١٩٦٥/١/٢١ »

واذا أبرم القاصر نفسه عقد القسمة ، فان عقد القسمة يكون قابلا للابطال لمصلحته لأن القسمه من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، والتى يلزمها أهلية التصرف .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ ـ (عقد القسمة من العقود التبادلية التى تتعادل فيها الحقوق ، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فاذا كان أحد أطرافها قاصرا فان عقد القسمة يكون قابلا للابطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالابطال باجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد) .

« طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٣٦ ق ـ جلسة ١٩٦٢/٥/٣ »

٢ ـ ثبوت القصر عند التعاقد كانت لقبول دعوى الابطال ولو تجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أى غبن مهما كان مقدار افادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر أو أخفى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد ، وسواء كان هذا المتعاقد يعلم حالة القصر

= **« طعن رقم ٨٧٢ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٢/٥/١٣ »**

وقد رأينا أن نعرض للأحكام التفصيلية لجزاء عدم استئذان الوصى ومن فى حكمه المحكمة فى اجراء القسمة الاتفاقية ، على أساس الأحكام الصريحة الصادرة من محكمة النقض فى القسمة الاتفاقية والتى اعتبرت هذه القسمة باطلة بطلانا نسبيا .

أو يجيلها) ٠

« طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨٠/٣/١٢ »

ولا يملك القاصر اجازة القسمة التى أجراها الوصى دون اذن المحكمة المختصة لأن هذه الاجازة تنطوى على اسقاط لحق لا يملكها ناقص الأهلية ٠

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(اجازة العقد الباطل باعتبارها تصرفا قانونيا يتضمن اسقاطا لحق لا يملكها ناقص الأهلية) ٠

« طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨٠/٣/١٢ »

٣٦ - بطلان القسمة نسبى مقرر لمصلحة ناقص الأهلية :

البطلان الذى يلحق القسمة التى لا تتبع فيها الاجراءات المنصوص عليها بالمادتين ٨٣٥ مدنى ، ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢، بطلان نسبى شرع لمصلحة ناقص الأهلية حتى لا يتعاقد الوصى ومن فى حكمه على تصرف ليس له فى الأصل أن يستقل به ٠

ومن ثم لا يحتج بهذا البطلان الا ناقص الأهلية ، عملا بالمادة ١٣٨ مدنى التى تقضى بأنه : (اذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا فى ابطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق) ٠

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (واذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الاجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لا يتعاقد الوصى أو القيم على تصرف ليس له فى الأصل أن يستقل به ، فان هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به الا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد ان كان قاصرا أو عند رفع الحجر عنه ان كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان واجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الاجراءات) ٠

« طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٦٤/١/٢٣ »

٢ - (البطلان المترتب على عدم اتباع الاجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للشركاء القصر فى عقد القسمة هو بطلان نسبى لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به) .

« طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٦٩/١١/٦ »

٣ - (العقد القابل للابطال بسبب نقص الأهلية أو لعيب شاب الارادة له وجود قانونى الى أن يتقرر بطلانه ، ولا يستطيع أن يطلب ابطاله سوى من تقرر البطلان لمصلحته - ناقص الأهلية أو من شاب ارادته عيب - لما كان ذلك ... الخ) .

« طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨١/٢/٢١ »

وبالترتيب على ذلك لا يجوز لغير القاصر من الشركاء المشتاعين الذين وافقوا على القسمة ، التمسك بابطال عقد القسمة لعدم اتخاذ الاجراءات سالفة الذكر .

ولا يستطيع دائن القاصر أو خلفه الخاص أن يطلب ابطال العقد بمقتضى حق مباشر لهما ، ولكن يستطيعان ذلك باعتبارهما دائنين له يستعملان حقه فى ابطال القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة(١٢م) . ولكن اذا توفى القاصر انتقل حقه فى ابطال العقد الى ورثته .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع - قابلة للابطال لمصلحة القاصر - كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدنى فان للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الابطال بواسطة من يمثله قانونا ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفا عاما له يحل

(١٢ م) السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ ١ طبعة ثانية ١٩٦٤ ص ٥٨٢ .

محل سـلفه فى كل ماله وما عليه فتؤول اليه جميـع الحقوق التى كانت لسلفه • واذ كان موضوع طلب الابطال تصرفا ماليا فانه بهذا الوصف لا يكون حقا شخصيا محضا متعلقا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف مباشرته) •

« طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٤ ق ـ جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧ »

٣١ ـ تقرير البطلان باتفاق أو حـكم :

العقد القابل للابطال له وجود قانونى وينتج جميع آثاره القانونية(٢٣)، ولا يبطل الا اذا تقرر البطـلان بالتراضى أو التقاضى وذلك بعكس العقـد الباطل ، فالعقد الأخير لا ينعقد أصلا ولا تكون هناك حاجة الى ايقاع بطلانه فالبطلان حاصل من تلقاء نفسه ، غير انه اذا نوزع فى البطلان كان لا مناص من رفع الأمر الى القضاء لتقرير هذا البطلان(١٤) •

والتراضى يكون بين المتقاسمين ، بعد أن يزول سبب نقص الأهلية ، كبلوغ القاصر سن الرشـد القانونى وهو ٢١ سنة ميلادية كاملة ، أو رفع الحجر عن المجنون أو المعتوه أو السفيه ••• الخ) •

واذا لم يتم التراضى عن ابطال العقد ـ وهذه هى الحالة الغالبة فى العمل ـ فيكون ابطال العقد عن طريق رفع دعوى الابطال من ناقص الأهلية بعد زوال نقض أهليته ، وصدور حـكم بذلك •

والقـاعدة أنه اذا طلب الابطال من القاضى ممن تقرر لمصلحته ، وتوافر له سببه ، وجب على القاضى أن يقضى به ، وذلك ما لم ينص القانون على خلافه •

---

(١٣) الدكتور محمود جمال الدين زكى مشـكلات المسئولية المدنية جـ ١ ، ١٩٧٨ ص ١٧٧ •

(١٤) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية العقـد والارادة المنفردة ١٩٨٤ ص ٤٦٨ وما بعدها ، ص ٤٨٠ •

فليس للقاضى كأصـل عام سلطة تقديرية فى اجابة طلب الابطال ، ولا يستثنى من هذا الأصل الا الحالات التى يقضى فيها القانون بخلافه ، والتى ليس منها الحالة محل البحث ٠

وكما يجوز ابطال العقد عن طريق الدعوى ، يجوز التمسك به عن طريق الدفع فى دعوى مرفوعة ضد القاصر ٠

٣٨ - سقوط دعوى الابطال بالتقادم :

تنص المـادة ١٤٠ مدنى على أنه :

(يسقط الحق فى ابطال العقد اذا لم يتمسك به صـاحبه خلال ثلاث سنوات ٠

ويبدأ سريان هذه المـدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ٠ وفى حالة الاكراه من يوم انقطاعه ٠ وفى كل حالة لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط أو تدليس أو اكراه اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد) ٠

فالدعوى بابطال عقد القسـمة التى ترفع من ناقص الأهلية يسـقط الحق فيها بانقضاء ثلاث سنوات ، من تاريخ استكمال نقص الأهلية اذا كانت الدعوى مرفوعة من القاصر ، أو من تاريخ زوال سبب الحجر ، اذا كانت الدعوى مرفوعة من المحجور عليه ٠

٣٩ - آثار تقرير ابطال عقد القسـمة :

تنص المـادة ١٤٢ مدنى على أنه :

(فى حالتى ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحـكم بتعويض معادل ٠ ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، اذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد) ٠

ولبيان أثر تقرير ابطال عقد القسمة ، تجب التفرقة بين آثار الابطال فيما بين المتعاقدين ، وآثار الابطال بالنسبة للغير ، وهو ما نعرض له فيما يلى :

٥٤ - (أ) آثار تقرير ابطال عقد القسمة فيما بين المتعاقدين :

اذا تقرر ابطال عقد القسمة رضاء أو قضاء ، اعتبر العقد كأن لم يكن، وزال الوجود القانونى للعقد منذ ابرامه(١٥) ، فيعود المتقاسمون الى حالة الشيوع التى كانوا عليها قبل القسمة ٠

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (بطلان العقد ٠ أثره ٠ اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد الا أن يكون ذلك مستحيلا ٠ مؤداه ٠ محو البطلان لكل أثر للعقد كان نتيجة اتفاق صريح أو ضمنى بين عاقديه) ٠

« طعن رقم ١٤٨٢ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٧/٦/٢٨ »

٢ - الأثر الرجعى لبطلان البيع أو ابطاله أو فسخه ٠ مؤداه ٠ اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ومنها رد المبيع الى البائع ٠ شرطه ٠ الا تكون ملكية المبيع قد آلت الى المشترى بسبب آخر من أسباب كسب الملكية) ٠

« طعن رقم ٢٢٩٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢ »

ومؤدى ذلك أن كل متقاسم يلتزم قبل الآخر بأن يرد له كل ما أخذه منه أو أن يؤدى له ما يعوضه عنه اذا استحال الرد عليه ٠

فاذا كانت القسمة بمعدل استرد المعدل من دفعه من الشركاء المتقاسمين مع فوائده القانونية من تاريخ المطالبة القضائية ٠

---

(١٥) جمال الدين زكى ص ١٧٨ ٠

ولما كان حق الشركاء فى ثمار المال الشائع يكون بقدر حصة كل منهم ، فانه تحسب ثمار المال الشائع كلها من تاريخ القسمة ويعاد تقسيمها على الشركاء كل بقدر نصيبه ، وفى هذه الحالة يلتزم من تقاضى من الشركاء ثمارا تزيد على حصته بأن يردها الى الشركاء الآخرين ٠

ولا صعوبة فى تحديد الأساس الذى يقوم عليه الالتزام بالرد ، اذا كان الشيء الذى تسلمه المتقاسم بمقتضى عقد القسمة الذى أبطل باقيا بذاته لم يهلك أو يتلف اذ أن ذلك الأساس يتمثل فى تسلم غير المستحق أو دفع غير المستحق ، فنتيجة الأثر الرجعى لابطال العقد يعتبر كل متعاقد أنه أخذ ما أعطاه اياه المتعاقد الآخر ، من غير أن يكون له حق فيه ، ومن ثم يلتزم برده اليه وهذا هو عين ما قضت به المادة ١٨٢ مدنى بقولها : (يصح استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق[١٦]) ٠

أما اذا أصبح اعادة الحال الى ما كانت عليه وقت القسمة مستحيلا ،

---

(١٦) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٩١ ـ السنهورى ج ١ ص ٥٨٨ وما بعدها ـ جمال زكى ص ١٧٨ ـ ويذهب الدكتور السنهورى هامش (٤) من الصحيفة السابقة ، الى أن الشيء محل التعاقد اذا كان قد هلك بقوة قاهرة فان المتعاقد اذا كان حسن النية ، أى يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مسئولا الا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين وللمتعاقدين فى جميع الأحوال استرداد الشيء التالف فى الصورة التى آل اليها بعد التلف دون أن يتقاضى تعويضا عن التلف ٠ أما اذا كان المتعاقد سيء النية أى يعلم أنه تسلم شيئا غير مستحق له التزم برد قيمته وقت الهلاك ولا يعفيه من هذه المسئولية الا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان فى يد باقى المتعاقدين وذلك عملا بالمادة ١٨٥ مدنى ـ وقارن عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٩٢ فيرى أن يرد الالتزام بأداء التعويض العادل الى تسلم غير المستحق أو دفع ما لا يجب ، شأنه فى ذلك شأن الالتزام برد الشيء ذاته ٠ اذ أن من يتسلم ما ليس له حق فيه يتحمل بالضرورة تبعة هلاكه أو تلفه ، اذا كان ذلك راجعا الى سبب يعزى له ٠

واذا كان الالتزام بالرد نتيجة بطلان العقد يرجع فى أساسه الى تسلم غير المستحق ، لزم اعمال قواعد هذا النظام بالنسبة الى الفوائد والثمار (م ١٨٥) ، وبالنسبة الى تبعة الهلاك ، مع مراعاة حسن النية وسوئها ٠

كان تكون القسمة قد تمت بطريق التصفية وبيع المال الشائع بالمزاد أو الممارسة ، أو كان المال محل القسمة منقولا وهلك فى يد الشريك الذى اختص به بمقتضى القسمة بخطأ منه حكم القاضى بتعويض معادل ، فيلزم برد قيمته وقت الهلاك طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية لا على أساس العقد الذى تقرر ابطاله باعتبار أن العقد الذى تقرر ابطاله واقعة مادية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بان :

(أساس الحكم بالتعويض المعادل - فى حالة ابطال العقد أو ابطاله مع استحالة اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبله - انما هو المسئولية التقصيرية) .

« طعن رقم ١٣٨ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٦٩/٦/٤ »

٤١ - التزام ناقص الأهلية برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ عقد القسمة :

اذا أبطل عقد القسمة بسبب نقص الأهلية ، اما لأن الوصى أو من فى حكمه أبرمه دون استئذان المحكمة المختصة أو لأن القاصر نفسه هو الذى أبرمه ، فانه يجب اعمال نص المادة ٢/١٤٢ مدنى التى تجرى على أنه : (ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، اذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد) ، وهو تطبيق لمبدأ عام ورد النص عليه فى المادة ١٨٦ مدنى فى دعوى غير المستحق التى تقضى بأن : (اذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما الا بالقدر الذى أثرى به) .

فلا يلزم ناقص الأهلية بالرد الا على قدر النفع الحقيقى الذى عاد عليه ، فلا يلزم برد ما أضاعه أو أنفقه فى غير مصلحته ، فناقص الأهلية يعامل برعاية أكبر من الرعاية التى يعامل بها كامل الأهلية نظرا لنقص أهليته ،

ويعتبر هذا رجوع عن خاصـية دفع غير المستحق التى تعتبر قيمة الاثراء بمقتضاها هى عين قيمة الافتقار ، ويعتبر المدفوع له قد أثرى بذات القيمة التى افتقر بها الدافع ·

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى أنه :

(·· ولكن اذا كان من تسلم الشىء غير كامل الأهلية فلا يكون التزامه والتزام كامل الأهلية من حيث المدى بمنزلة سواء · فيجوز أن يلزم كامل الأهلية بما يربو على قيمة ما أثرى به ، وبوجه خاص فى حالة ضياع الشىء (المـادة ٢٥٦) وحالة التصرف فيه بسـوء نية (المـادة ٢٥٨) · أما ناقص الأهلية فلا يلتزم على النقيض من ذلك الا بقيمة مـا أثرى به ، ولو كـان سىء النية ، ولا يلزم بشىء ما اذا فقد ما تسلمه بحادث فجائى · وهو لا يؤدى كذلك الا ما قبض من عوض ، اذا تصرف فيما تسلم بسـوء نية دون أن يلزم برد الشىء عينا أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بذلك كامل الأهلية ·

وتستثنى من حـكم القاعدة المتقدمة ، حالة تسلم ناقص الأهلية لشىء معين بالذات فهو يلزم برده عينا ما دام قائما ولو أنه لم يثر منه ، باعتبار انه لم يدخـل فى ذمتـه · وهـذا هو ما قصـد من التحفـظ الخـاص بالمـادة ٢٥١)(١٧) ·

واذا كان ظاهر نص المـادة ٢/١٤٢ بجعل الاسترداد فى حدود المنفعة مقصورا على حالة نقص الأهلية وهو القاصر ثم السـفيه وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر عليهما ، الا أن هـذا الحـكم يسرى أيضـا على عديمى الأهلية ، وهم الصبى غير المميز ثم المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر· ذلك أن الحكم السابق ـ كما أوضحنا ـ لا يعـدو أن يكون مجرد تطبيق لقاعدة أعم وأشمل أوردتها المـادة ١٨٦ مدنى(١٨) ·

---

(١٧) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٤٦١ وما بعدها ·
(١٨) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٩٣ ·

وقد قضت محكمة النقض بان :

ـ (نيابة الولى عن القاصر نيابة قانونية ، ويتعين عليه حتى ينصرف اثر العمل الذى يقوم به الى القاصر أن يكون هذا العمل فى حدود نيابته أما اذا جاوز الولى هذه الحدود فانه يفقد صفته النيابية ولا ينتج العمل الذى قام به اثره بالنسبة الى القاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير الا بقدر المنفعة التى عادت عليه بسببها) ٠

« طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ ق ـ جلسة ١٩٧٧/١/٣١ »

٢ ـ (تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المدنى على أن ناقص الأهلية لا يلزم ـ اذا أبطل العقد لنقص أهليته ـ أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، مما يعنى أن الرد فى هذه الحالة لا يكون واجبا الا وفقا لقواعد الاثراء بلا سبب وهو ما نصت عليه المادة ١٨٦ من ذات القانون بقولها أنه اذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما الا بالقدر الذى أثرى به ، بما يفصح عن أن المشرع قرر قصر التزام المثرى ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقى الذى عاد عليه فلا يلزم برد ما أضاعه أو أنفقه فى غير مصلحته) ٠

« طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ ق ـ جلسة ١٩٧٩/٣/١٥ »

وينبنى على ما تقدم ما ياتى :

١ ـ اذا كان المال الشائع محل القسمة منقولا ، وتسلم القاصر نصيبه عينا معينة بالذات ، فهلكت العين أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه ، لا يكون ناقص الأهلية ملزما قبل الشركاء فى المال الشائع ٠

أما اذا كان الهلاك أو التلف أو الضياع قد وقع بخطئه ، فانه يلتزم بالتعويض لأن ناقص الأهلية يلتزم باخطاء[١٩] ٠

---

(١٩) حسين عامر وعبد الرحيم عامر المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية الطبعة الثانية ١٩٧٩ ص ١٥ ٠

٢ - اذا تبرع ناقص الأهلية بالعين التي تسلمها دون حق ، لا يرجع الشركاء بشيء ، لأن ناقص الأهلية لم ينتفع بالعين ، ولو كان سيء النية وقت أن تبرع .

٣ - يعتبر ناقص الأهلية قد أفاد من الحصة التي تسلمها اذا كان قد أوفى بها دينا عليه أو اشترى بها شيئا نافعا ولو قلت قيمة هذا الشيء بعد ذلك أو انعدمت بسبب طبيعي أو رمم به عقارا حتى لو هلك العقار بعد ذلك بقوة قاهرة ، أو بقي المال الذي أخذه في يده الى وقت الرد(٢٠) .

٤ - يعتبر نافعا للقاصر ما ينفقه في سبيل تعليمه أو مأكله وملبسه في الحدود المعقولة التي تتناسب ودخله .

٥ - لا يعتبر نافعا للقاصر ما ينفقه في ملاذه ومجونه أو في المقامرة أو في شراء أشياء ضارة أو غير مفيدة .

٤٢ - عبء اثبات اثراء ناقص الأهلية :

يقع عبء اثراء ناقص الأهلية ومدى هذا الاثراء أو حصوله على منفعة ومدى هذه المنفعة على باقي الشركاء المشتاعين ، ويجوز لهم اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن . ولكن لا يجوز الاستدلال على حصول الاثراء أو المنفعة لناقص الأهلية بالمستندات المضاة منه لأنها هي أيضا باطلة(٢١) .

وقد قضت محكمة النقض بان :

(عبء الاثبات في بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفي تقدير مدى اثرائه يقع على الدافع الذي يطلب ردد مادفع ، فان عجز عن الاثبات كان ذلك

---

(٢٠) السنهوري جـ ١ ص ١٣٧٨ هامش (١) .
(٢١) السنهوري جـ ١ ص ١٣٧٨ هامش (١) .

موجبا فى ذاته لرفض طلبه) •

« طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ ق - جلسة ١٩٧٩/٣/١٥ »

٤٣ - (ب) آثار تقرير ابطال عقد القسمة بالنسبة للغير :

لا يقتصر أثر ابطال عقد القسمة على الشركاء فى المال الشائع المتقاسمين ، بل يمتد الى الغير ، وهو من رتب له أحد المتقاسمين حقا عينيا على الحصة التى آلت اليه بموجب العقد الذى أبطل ، فاذا كان القاصر قد رتب للغير حق ارتفاق على الحصة التى وقعت فى نصيبه ثم تقرر ابطال العقد ، حق للشركاء المشتاعين استرداد هذه الحصة خالية من حق الارتفاق •

الا أنه يحد من هذه القاعدة الاستثناء الوارد بالمادة ١٠٣٤ مدنى بالنسبة للرهن الرسمى والتى تقضى بأن : (يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغائه أو زواله لأى سبب آخر ، اذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن) •

وكذلك حكم المادتين ١٥ ، ١٧ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (المعدل) الذى يستلزم للاحتجاج على الغير بالحكم الصادر بالبطلان أن يتم تسجيل الحكم أو صحيفة دعوى البطلان قبل تسجيل سند هذا الغير(٢٢) •

---

(٢٢) فقد نصت المادة ١٥ على أنه : (يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع ، فاذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى •

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية •

وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار اليها بعد اعلان صحيفة =

كما يحد منها أن الغير قد يستفيد من قواعد حيازة العقار بالتقادم اذ لا يقطعه فى حقه سوى مطالبته برد العقار ، وكذلك مبدأ حماية حائز المنقول حسن النية(٢٣) ٠

٤٤ ـ زوال حق ابطال عقد القسمة باجازة ناقص الأهلية للعقد :

تنص المادة ١٣٩ مدنى على أن : (يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الاجازة الى التاريخ الذى تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير) ٠

فيكون لناقص الأهلية عند زوال سبب نقص الأهلية ، كبلوغ القاصر سن الرشد القانونى وهو ٢١ سنة ميلادية كاملة ، أو رفع الحجر عن المجنون أو المعتوه أو ذى الغفلة أو السفيه ، أن يجيز القسمة التى تمت بغ استئذان المحكمة ٠

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(الاجازة تصرف قانونى يتضمن اسقاطا لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية ٠ واذن فمتى كان الحكم اذ اعتبر اجازة القاصر للبيع الصادر منه منعدمة الأثر قانونا قد أقام قضاءه على أن هذه الاجازة انما صدرت من القاصر بعد قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية عليه ، فان النعى على الحكم

= الدعوى وقيدها بجدول المحكمة) ٠

وتنص المادة ١٧ على أنه : (يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعى اذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة ٠

ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول) ٠

(٢٣) محمد كمال عبد العزيز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه ١٩٨٠ ص ٣٩٠ ٠

الخطأ فى تطبيق القانون يكون غير صحيح) .

« طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٨ ق - جلسة ١٩٥٥/٢/١ »

ويشترط فى الاجازة التى تصحح العقد الباطل أن تصدر من ناقص الأهلية - بعد زوال سبب نقص الأهلية - وهو عالم بالعيب الذى يشوب العقد وأن يكون قاصدا اجازته .

وفى هذا قضت محكمة النقض بان :

١ - (الاقرار الصادر أمام المجلس الحسبى من أحد الورثة باجازة عقد مطعون فيه لصدوره فى مرض الموت ، وان لم يكن قضائيا لعدم صدوره أمام جهة مختصة بالفصل فى صحة العقد المطعون فيه الا أنه يصح اعتباره اجازة لهذا العقد اذا كان المجيز انتوى تصحيح العقد وهو يعلم بما يشوبه) .

« طعن رقم ٧ لسنة ٧ ق - جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠ »

٢ - (الاجازة التى تصحح العقد القابل للابطال هى التى تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذى يشوب العقد وأن يكون قاصدا اجازته . واذن فمتى كان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يدع صدور اجازة مستكملة لهذه الشروط القانونية بل اكتفى بالقول بأن مجرد توقيع المطعون عليها الأولى على محضر الجرد يفيد اجازتها للعقد الصادر من مورثها بصفتها الشخصية وبصفتها وصية على ابنتيها القاصر ، وكان تمسك الطاعن بالاجازة استنادا الى هذه الواقعة غير منتج ، ذلك أن المطعون عليها ما كانت تملك اجازة العقد بصفتها وصية دون اذن من المجلس الحسبى كما أن مجرد توقيعها على محضر الجرد لا يفيد أنها كانت تعلم بأن العقد الصادر من مورثها صدر منه وهو قاصر وأنها أرادت من التوقيع اسقاط حقها من الطعن على العقد ، فان الحكم المطعون فيه اذا لم يتعرض لبحث هذا الدفاع لا يكون باطلا) .

« طعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ ق - جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦ »

والاجازة عمل قانونى صادر من جانب واحد ، فلا حاجة لاقتران قبول بها ، ولا يجوز الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر .

والاجازة تكون صريحة كما تكون ضمنية ، والاجازة الصريحة هى تلك التى تتضمن التصريح بالنزول عن حق طلب الابطال . انما لا يشترط فى هذه الاجازة أن تشتمل على بيانات معينة ، بل كل عبارة يفهم منها الاجازة تصح بشرط أن تكون نية المميز فى الاجازة واضحة .

أما الاجازة الضمنية ، فهى تلك التى يستدل عليها من ظروف الحال بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعا فى افادته النزول عن حق التمسك بالابطال ، اذ أن النزول عن الحق لا يفترض ، ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى اليه .

ومن امثلة الاجازة الضمنية قيام ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته بالأفعال الآتية :

١ ـ تنفيذ عقد القسمة أو مطالبة باقى المتقاسمين بتنفيذه من جانبهم .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب ابطال العقد . وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فان عقد البيع يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه اجازة للعقد) .

« طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٨ ق ـ جلسة ١٩٦٣/٣/١٤ »

٢ ـ تنفيذ عقد القسمة(٢٤) .

---

(٢٤) استئناف مختلط فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ ـ ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ .

٣ ـ البناء على الحصة التى آلت اليه بموجب عقد القسمة(٢٥) ٠

٤ ـ التصرف فى معدل القسمة ٠

٥ ـ الاستيلاء على ريع الجزء المفرز الذى آل اليه بموجب عقد القسمة والاستمرار مدة طويلة على هذه الحال ٠

٦ ـ الانضمام لأبيه فى طلب قسمة عقار مشترك بينهما لقسمة تمت دون مراعاة الاجراءات القانونية قبل بلوغه سن الرشد(٢٦) ٠

٧ ـ التوقيع على عقود البيع الصادرة من المتقاسمين والمشار فيها الى ان أصل التمليك يرجع الى عقد القسمة الذى أبرمه وهو ناقص الأهلية او أبرمه الوصى دون استئذان المحكمة المختصة ٠

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(اجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية ، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع اذا استخلصت ـ فى حدود سلطتها الموضوعية ـ استخلاصا سائغا من وقائع الدعوى ومستنداتها ـ اجازة الطاعنة لعقد القسمة اجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فيها الى أن أصل التمليك يرجع الى عقد القسمة المذكور وبالتالى لا تعدو المجادلة فى ذلك أن تكون جدلا موضوعيا لا تقبل اثارته أمام محكمة النقض) ٠

« طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ ق ـ جلسة ١٩٦٢/٥/٣ »

انما لا يعتبر من قبيل الاجازة ما ياتى :

١ ـ مجرد سكوت ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته ، عن طلب ابطال عقد القسمة مهما طالت مدته ٠ الا اذا فهم من هذا السكوت نزوله

---

(٢٥) استئناف مختلط فى ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ ٠
(٢٦) استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ ٠

عن طلب الابطال ، أو سقط حقه فى ابطال العقد بالتقادم طبقا لنص المادة ١٤٠ مدنى ٠

٢ ـ دخول ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته فى مفاوضات للصلح لم تكلل بالنجاح ٠

٣ ـ أن يدفع ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته بوجه من وجوه البطلان وتركه الوجوه الأخرى ٠

٤ ـ أن يطعن ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته بالتزوير على عقد القسمة الذى أبرمه أو أبرمه نائبه ، اذ يجوز له بعد الاخفاق فى هذا الطعن أن يطلب ابطال العقد(٢٧) ٠

وفى هذا قضت محكمة النقض بان :

(ليس من القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان العقد لعيب فى أهلية المتصرف بعد الاخفاق فى الادعاء بتزوير العقد الحاصل به هذا التصرف لاختلاف نطاق مرمى كل من الطعنين على الآخر ، اذ يقتصر الأمر فى الطعن بالتزوير على انكار صدور التصرف من المتصرف دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه ، فى حين أن الطعن ببطلان التصرف لصدوره من غير ذى أهلية موجه الى ذات التصرف بانكار توافر الأهلية فى المتصرف ٠ فاذا ما ثبت للمحكمة فساد الادعاء بالتزوير وصحة اسناد التصرف الى المتصرف فان ذلك لا يقتضى بطريق اللزوم أن يكون هذا المتصرف أهلا لصدور التصرف منه ، كما أن الطعن بالتزوير لا يتضمن فى ذاته اقرار الطاعن بأهلية المتصرف ولا يفيد نزوله عن حقه فى الطعن بعد ذلك فى التصرف لعيب فى الأهلية) ٠

« طعن رقم ٣٤٨ لسنة ٢٦ ق ـ جلسة ١٩٦٢/٢/١٥ »

---

(٢٧) استئناف مختلط فى ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤

ويعتبر استخلاص حصول اجازة عقد القسمة من عدمه مسألة تدخل في رحاب الواقع ، وتقاضى الموضوع فيها القول الفصل ، من غير أن يخضع في تقديره لرقابة محكمة النقض ، طالما قام قضاؤه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله(٢٨) ٠

٤٥ ـ أثر اجازة ناقص الأهلية عقد القسمة :

اذا أجاز ناقص الأهلية عقد القسمة بعد زوال سبب نقص الأهلية ، زال حقه في ابطال العقد واستقر وجود العقد نهائيا غير مهدد بالزوال ٠ ويعتبر العقد صحيحا من وقت صدوره لا من وقت الاجازة لأن للاجازة أثر رجعي ٠

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٣٩ ٠ كما نصت على أن ذلك لا يخل بحقوق الغير اذ جرت على أن : (وتستند الاجازة الى التاريخ الذى تم فيه العقد ، دون اخلال بحقوق الغير) ، والمقصود بالغير من كسب حقا عينيا على الشيء موضوع العقد(٢٩) ٠

---

(٢٨) عبد الفتاح عبد الباقى ـ راجع نقض ١٩٦٢/٥/٣ المنشور بهذا البند ٠

(٢٩) السنهورى جـ ١ ص ٥٧٠ ـ وقارن عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٧٧ وما بعدها وهامش (١) ٠ اذ يرى ان فكرة الاثر الرجعى عقيمه وغير ذات موضوع أصلا لأن العقد القابل للابطال قبل اجازته صحيح ومنتج لآثاره ، ومن ثم فهو ليس فى حاجة الى أن ترتد الاجازة الى ماضيه لتصححه، فى وقت كان هو خلاله صحيحا ، ومن ناحية أخرى ، فالقول بأن أثر الاجازة يستند الى تاريخ ابرام العقد ، « دون اخلال بحقوق الغير » ، هو قول مجرد عن المعنى ، فليس من المتصور ، لو أننا تمشينا مع منطق القانون ، أن يخل الأثر الرجعى للاجازة فى ذاته بحقوق الغير ٠ وقد لجأ بعض الفقهاء فى فرنسا وفى مصر الى تصوير حالة يقع فيها هذا الاخلال ٠ وهم فى هذا الصدد يقولون بأنه اذا باع ، مثلا ، ناقص الأهلية أرضه لزيد ، وبعد بلوغه سن الرشد باعها مرة ثانية لبكر أو رهنها له ، ثم أجاز البيع الأول ، فان هذه الاجازة لا تسرى فى حق بكر الذى تخلص له الملكية دون زيد ، أو تنتقل الملكية لهذا الأخير مثقلة بالرهن لصالح بكر ٠٠٠ وهذا القول لا يتسق مع مدلول نص المادة ٢/١٣٩ ، فهذا النص لا يقضى بأن الاجازة لا تسرى فى =

والاجازة لا تحدث هذا الأثر ، الا بالنسبة الى ذات العيب الذى انصبت عليه ، والذى استهدف بها تصحيح العقد منه . فاذا قام العقد على أكثر من عيب وحصلت الاجازة بالنسبة الى عيب معين دون غيره ، مثل نقص الأهلية ، تصحح العقد منه ، ولكنه يبقى مشوبا بالعيوب الأخرى وقابلا للابطال بسببها .

٤٦ — اثبات اجازة ناقص الأهلية عقد القسمة :

يقع عبء اثبات اجازة ناقص الأهلية لعقد القسمة على مدعى الاجازة ، وهم باقى الشركاء فى المال الشائع .

واذا كانت الاجازة صريحة فانها تخضع فى اثباتها لحكم القواعد العامة، فاذا كانت قيمة نصيب القاصر تجاوز مائة جنيه فلا يجوز اثبات الاجازة بالبينة . وانما يجب اثباتها بالكتابة أو ما يقوم مقامها .

أما اذا كانت الاجازة ضمنية ، فانه يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات

= حق الغير ، وانما هو يقول أن الذى لا ينفذ فى حق الغير هو استناد تلك الاجازة الى التاريخ الذى تم فيه العقد ومع افتراض أن الاجازة ذاتها هى التى لا تسرى فى حق الغير ، فان ذلك لا يؤدى بذاته وبمجرده الى النتيجه التى يرتبها أنصار الرأى الذى نعارضه . فاذا أخذنا المثال السابق ، ومؤداه ان يبيع ناقص الأهلية أرضه لزيد ، وبعد بلوغه سن الرشد ، يبيعها مرة ثانية أو يرهنها لبكر . ثم يجيز البيع الأول ، فى هذا المثال ، نجد ان البيع الحاصل لزيد ينشأ صحيحا منتجا لآثاره ، حتى قبل اجازته . فهو بهذه المثابة قد أفلح فى نقل الملكية الى زيد . فاذا جاء البائع بعد ذلك ، وتصرف فى الأرض لبكر ، فانه يتصرف له فى ملك الغير . فلا يستطيع أن ينقل اليه الملكية أو يرتب له حق الرهن ، لأن فاقد الشىء لا يعطيه . فاذا أجاز البائع البيع الحاصل لزيد ، وقلنا أن هذه الاجازة لا تسرى فى حق بكر ، ما كان من شأن ذلك بذاته وبمجرده أن يخلص الحق لبكر . اذ أن عدم الاعتداد بالاجازة بالنسبة الى بكر معناه عدم وجودها فى حقه ، والبيع الصادر لزيد صحيح بدون تلك الاجازة ومن قبل صدورها » .

راجع أيضا مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٤٣ وما بعدها .

بما فيها البينة والقرائن ، لأن الاثبات هنا ينصب على واقعة مادية دالة على الاجازة .

وقد قضت محكمة النقض بان :

(ان عبء اثبات اجازة عقد قابل للابطال انما يقع على عاتق مدعى الاجازة ... الخ) .

« طعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ ق — جلسة ١٩٥٣/١١/١٦ »

٤٦ مكرر — استحالة تنفيذ القسمة :

اذا استحال تنفيذ القسمة التى صدقت عليها المحكمة جاز طلب الحكم بالغائها بدعوى أصلية ، وفى الواقع فان القسمة المذكورة اما تعتبر عقدا يبرم تحت اشراف المحكمة ورقابتها ، والعقود تفسخ اذا استحال تنفيذها ، سواء كانت الاستحالة طارئة أم كانت سابقة للعقد من باب أولى ، واما أن يعتبر تصديق المحكمة على القسمة كلها حائزا قوة الشىء المقضى به ، ومن المقرر أن استحالة تنفيذ الأحكام مما يضيع قوة الشىء المقضى به ويجوز اعادة النظر فى النزاع من جديد(٣٠) .

٤٧ — دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة :

يجوز لكل ذى مصلحة من الشركاء فى المال الشائع الذين أبرموا القسمة الاتفاقية ، أن يرفع دعوى بصحة ونفاذ عقد القسمة ، وباختصاصه بنصيبه المبين بالعقد ، كما له أن يضيف طلب تسليم الحصة التى اختص بها اليه .

ويكون على المحكمة التى تنظر الدعوى الوقوف على توافر أركان القسمة من رضاء ومحل وسبب ، على النحو الذى أوضحناه ، سلفا .

---

(٣٠) محمد كامل مرسى ص ٢٢١ — وحكم محكمة بنى سويف الابتدائية فى ١٦ أكتوبر ١٩١٤ المشار اليه فى المرجع السابق فى هامش رقم (٢) فى ذات الصحيفة .

وترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة قيميا طبقا للقواعد العامة ، فترفع الى المحكمة الجزئية اذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسة آلاف جنيه والى المحكمة الابتدائية اذا جاوزت هذه القيمة • والعبرة في تقدير قيمة الدعوى بقيمة المال محل القسمة (م ٣٧/٧ مرافعات) ، أى قيمة المال الشائع جميعه وليس نصيب المدعى فقط • فاذا كان المال عقارا مبنيا قدرت قيمته باعتبار ثلاثمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه ، فان كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار مائتى مثل من قيمة الضريبة الأصلية • فاذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته (م ٣٧/١ مرافعات معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) ، وعلى ذلك لا يعتمد بالقيمة الثابتة بعقد القسمة(٣١) •

٤٨ - قضاء النقض فى شأن رسوم دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة :

١ - (رسم الدعوى التى ترفع بصحة عقد القسمة ونفاذه يجب أن يكون شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه لأن الحكم فى الدعوى يكون قد حسم النزاع بين الشريكين فى هذا القدر بأكمله وذلك وفقا للفقرة الثالثة من المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية) •

« طعن رقم ١٢ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١٩٥٦/١١/٥ »

---

(٣١) وقد قضت محكمة النقض - الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية - بصدد تقدير قيمة دعوى الشفعة - **بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢٧ فى الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٥٧ ق بأن :**
(اذا كان الحكم المطعون فيه قد قدر - صحيحا - وبما لا خلاف عليه بين طرفى الخصومة - قيمة الدعوى بمبلغ أربعة وتسعين جنيها وسبعمائة وثلاثين مليما - وذلك طبقا للبند الأول من المادة ٣٧ من قانون المرافعات - اعتبارا بأن دعوى الشفعة تعتبر متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه فيرجع فى تقدير قيمتها الى قيمة العقار وهو من الأراضى التى يكون تقديرها باعتبار سبعين مثلا لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها - بما يجعل الدعوى تدخل فى الاختصاص القيمى للمحكمة الجزئية فلا تختص بها المحكمة الابتدائية فان الحكم الصادر فيها من هذه المحكمة يكون جائزا استئنافه) - والبين من أسباب الحكم انه لم يأخذ بالقيمة الواردة بعقد البيع وقدرها ٥٨٩ ج •

٢ ـ (رسوم الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد القسمة • وجوب أن يكون شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه • علة ذلك لقلم الكتاب التحرى عن القيمة الحقيقية للعقار بحسبانه أرضا معدة للبناء • مادة ٧٥ ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المعدلة بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٤) •

« طعن رقم ١١٨ لسنة ٥٣ ق ـ جلسة ١٩٨٧/٦/٢٤ »

٣ ـ (المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن طلب أحد الشركاء فى عقد قسمة المال الشائع بصحة العقد ونفاذه باختصاصه بنصيبه المبين بهذا العقد مؤداه أن فرز وتجنيب حصته التى تم التراضى على فرزها بذلك العقد ينبنى عليه حتما فرز حصة الشركاء الآخرين أى أن النزاع شمل القدر المقسم بأكمله وأن الحكم الذى صدر قد حسم النزاع بين الشركاء فى شأن المال موضوع العقد جميعه لا حصة شريك بمفرده مما يستتبع أن يكون الرسم شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه وفقا للفقرة الثالثة من المادة ٧٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية فى المواد المدنية) •

« طعن رقم ٨٨١ لسنة ٥٥ ق ـ جلسة ١٩٩٠/٢/٨ »

٤٩ ـ دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة غير قابلة للتجزئة :

دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة من الدعاوى غير القابلة للتجزئة • وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(••• ولما كان الحكم المستأنف صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة هو صحة ونفاذ القسمة التى تمت بين أطراف الخصومة • فان بطلان الاستئناف بالنسبة لها (المستأنف عليها الثالثة) يستتبع بطلانه بالنسبة لجميع المستأنف عليهم) •

« طعن رقم ٥٦٦ لسنة ٣٥ ق ـ جلسة ١٩٧٠/٣/١٢ »

ومن الآثار التى تترتب على كون دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة من الدعاوى غير القابلة للتجزئة اعمال نص المادة ٢١٨ مرافعات التى تجرى

على أن : (فيما عدا الأحكام الخاصة بالطعون التى ترفع من النيابة العامة لا يفيد من الطعن الا من رفعه ولا يحتج به الا على من رفع عليه ·

على أنه اذا كان الحكم صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضما اليه فى طلبه فان لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن · واذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة اليهم ··· الخ) ·

٥٠ ـ سلطة القاضى المستعجل فى فرض الحراسة على الأموال الشائعة محل عقد القسمة :

أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٢/٢٨ فى الطعنين رقمى ١٤٨٠ ، ١٦٣٥ لسنة ٥٤ ق اذ قضت بأن :

١ ـ (من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير توافر النزاع الجدى والخطر الموجبين للحراسة من المسائل الواقعية التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها بهذا الاجراء التحفظى المؤقت على أسباب سائغة تكفى لحمله) ·

٢ ـ (من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قاضى الأمور المستعجلة يمتنع عليه أن يمس أصل الحق فى الاجراء المؤقت الذى يأمر به ، واذ كان قضاء الحكم المطعون فيه بفرض الحراسة القضائية محمولا على قيام النزاع الجدى حول صحة وقيام عقدى القسمة ··· فان تكليفه الحارس بتوزيع صافى ريع الأموال محل الحراسة على الخصوم طبقا لأنصبتهم الشرعية فى التركة ينطوى على اهدار لعقدى القسمة واعتبار أن الأموال محلهما تركة شائعة بين الورثة وهو ما يمس أصل الحق بما يعيبه بمخالفة القانون) ·

٥١ - اوجه الطعن فى القسمة الاتفاقية :

القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود، ومن ثم يجوز الطعن على عقد القسمة بكافة أوجه الطعن التى توجه الى أى عقد من العقود •

فيجوز للشركاء الطعن على القسمة بما يأتى :

١ - بالبطلان المطلق ، كما اذا تمت القسمة بين الشركاء على أموال مورثهم الشائعة حال حياته ، باعتبار أن القسمة تعد تعاملا فى تركة مستقبلة •

٢ - بالابطال اذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى ، ان كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، او كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠ مدنى) أو لغلط فى القانون اذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع •

٣ - بالابطال للتدليس اذا كانت الحيل التى لجأ اليها احد المتعاقدين ، او نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد (م ١٢٥ مدنى) •

٤ - بالابطال للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس (م ١٢٧ مدنى) •

والمشرع وان جاز ابطال العقد للغبن بالتفصيل الذى نصت عليه

---

(٣٢) وقد قضى بأن :

(اذا رفضت المحكمة دعوى بطلان القسمة بناء على أن ما يقوله المدعى من أن الأرض التى اختص بها بموجب العقد وجدت بعد مساحتها تغاير المقادير الموضحة فيه لا يؤثر فى صحة القسمة ووجوب احترامها فانها لا تكون مخطئة فى ذلك ، لأن اختلاف المساحة لا يؤثر فى صحة العقد مادام قد احتيط فيه بذكر أن المقادير تقريبية ، مما ينتفى معه القول بوجود غش أو خطأ فى القسمة) •

« نقض طعن ٩٩ لسنة ١٣ ق - جلسة ١٩٤٤/٥/١١ »

المادة ١٢٩ مدنى التى تجرى على أنه : (اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا او هوى جامحا ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد .

ويجوز أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة .

ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال ، اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن) .

الا أننا سنرى أن المشرع نظم نقض القسمة للغبن على خلاف ما جاء بهذه المادة ، وما جاء بالمادة ٤٢٥ مدنى بخصوص الغبن فى البيع ، وذلك لما للغبن فى القسمة من اهمية خاصة .

موضـــوع رقم (٣)
نقض القسمة الاتفاقية للغبن

٥٢ - النص القانونى :

المـادة ٨٤٥ مدنى :

(يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى اذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة ٠

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ٠ وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا أكمـــل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته) ٠

٥٣ - نقض القسمة للغبن قاصر على القسمة الاتفاقية :

واضح من نص المـادة ٨٤٥ مدنى أن الشـــارع يقصر نقض القسمة للغبن على القسمة الاتفاقية ، دون القسمة القضائية وذلك على غير ما فعل القانون الفرنسى حيث أباح نقض القسمة القضائية للغبن ٠

وسند الشارع المصرى فى ذلك ، أن كل الاحتياطات قـد اتخذت فى القسمة القضائية - كما سنرى - لمنع الغبن ٠

وفى هذا جاء بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى :

(أما القسمة القضائية فلا يقبل فيها دعوى الغبن ، لأن المفروض فى هذه القسمة أن كل الاحتياطات قد اتخذت لمنع الغبن)(١) ٠

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٢٨ ٠

كما لا يسرى حكم نقض القسمة للغبن على قسمة المهايأة ، فهذه - كما سنرى - تخضع للقواعد العامة(٢) ٠

ويبرر الفقه تطبيق أحكام الغبن على القسمة الاتفاقية ، بأن وظيفة القسمة تقتضى أن يسود مبدأ المساواة بين المتقاسمين فى حصول كل منهم على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة ٠ فالقسمة ، وهى تقتصر على تحقيق التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه المعنوى ، لا تنقل للمتقاسم حقا لم يكن له من قبل ، وانما هى تقتصر على الكشف عن الحق الذى كان ثابتا له فهى على عكس المعاوضات الناقلة كالبيع ، لا تقوم على أساس من المضاربة لذلك عنى الشارع بأن يكفل المساواة فى هذا التطابق بين أنصبة الشركاء فى القسمة وحصصهم الشائعة(٣) ٠

٥٤ - اجازة القسمة الاتفاقية من الشريك المغبون تمنع من رفع دعوى نقض القسمة للغبن :

يجوز للشريك المغبون فى القسمة الاتفاقية أن يجيز هذه القسمة ، فتصبح القسمة بعد هذه الاجازة غير قابلة للنقض وتمنع الشريك المغبون من رفع دعوى نقض القسمة ٠ وهذه الاجازة كما تكون صريحة تكون ضمنية ٠

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(ان المادة ٨٤٥ من القانون المدنى قد جعلت من الغبن الذى يزيد على الخمس عيبا فى عقد القسمة يجيز بذاته للشريك المغبون طلب نقضها ولهذا الشريك أن يجيز القسمة التى لحقه منها غبن فتصبح بعد ذلك غير

---

(٢) عبد المنعم الصدة ص ٢٥٤ - اسماعيل غانم ص ١٨٠ هامش (٢)

(٣) عبد المنعم البدراوى ص ١٩٨ - محمد على عرفة ص ٤٥١ - اسماعيل غانم ص ١٨٠ وما بعدها - جميل الشرقاوى ص ١٥٣ - مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٢٨ ٠

قابلة للنقض وهذه الاجازة كمـــا تكون صريحة يجوز أن تكون ضمنية اذ القانون لم يشترط لتحققها صورة معينة • وتصرف الشريك المغبون فى كل أو بعض نصيبه بعد علمه بالغبن الذى لحقه وظروفه يمكن أن يعتبر اجازة ضمنية للقسمة ونزولا منه عن حقه فى طلب نقضها اذا دلت ظروف الحـال على أن نيته قد اتجهت الى التجاوز عن هذا العيب والى الرضاء بالقسمة رغم وجوده • وتقدير تلك الظروف وتعرف هــذه النية من شئون محكمـة الموضوع) •

« طعن رقم ٣٥٩ لسنة ٣٤ ق ـ جلسة ١٩٦٨/١٢/٥ »

٥٥ ـ الغبن فى ذاته يجيز نقض القسمة :

اذا وقع فى القسمة غبن يزيد على الخمس ، كان هذا عيبا كافيا بذاته لطلب نقض القسمة • فهذا العيب يجعل عقـــد القسمة قابلا للابطـال • فالمشرع يقيم الغبن على أساس مادى بحت(٤) •

وعلى ذلك لا يشترط لنقض القسمة بالغبن ، أن يكون الغبن الحاصل فى القسمة نتيجة لاستغلال طيش بين أو هوى جامح فى الشريك المغبون ، كما تتطلب المـادة ١/١٢٩ مدنى فى الغبن الذى يقع فى العقود الأخرى •

والغالب فى العمل أن يكون الغبن قد وقع نتيجة لغلط فى قيمـة الشىء ، وعندئذ يكون عقـد القسمة قابلا للابطـــال اذا توافرت الشروط المنصوص عليها فى المـادتين ١٢٠ ، ١٢١ مدنى ، وكذلك قابلا للنقض اذا توافرت شروط الغبن •

ويقع الغبن ، دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو اكراه(٥) •

أما الخطأ فى الحساب فلا يكون سببا للابطـــال للغلط ، ولا للنقض

---

(٤) الصدة ص ٢٥٤ •
(٥) السنهورى ص ١١٩٥ ـ عرفة ص ٤٥١ •

بالغبن ، والخطأ فى الحساب يجب تصحيحه أيا كان مقدار الخطأ (م ١٢٣ مدنى) ·

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(جعلت المادة ٨٤٥ من القانون المدنى من الغبن الذى يزيد على الخمس عيبا فى عقد القسمة يجيز بذاته طلب نقضها ، ومن ثم فاذا وقع فى القسمة غبن بالمقدار الذى حدده القانون ، جاز للشريك المغبون أن يرجع على باقى الشركاء بالغبن حتى ولو كان سبب الاستحقاق قد استبعد فى عقد القسمة من أن يكون سببا للرجوع بالضمان وذلك تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين · لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب الى أن اسقاط الطاعنة حقها فى الضمان بالنسبة لحصتها فى العمارة يترتب عليه سقوط حقها فى طلب نقض القسمة للغبن فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون) ·

« طعن رقم ٥١ لسنة ٤٠ ق - جلسة ١٩٧٥/٤/١ »

ويجوز نقض القسمة للغبن سواء كان الشريك المغبون قاصرا أو رشيدا[٦] ·

٥٦ - اختلاف الغبن فى القسمة عن الغبن فى عقد البيع :

تقوم فكرة نقض عقد القسمة للغبن على فكرة تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، ومن هذا المنطلق اختلفت أحكام الغبن فى القسمة عن أحكام الغبن فى بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية اذا كان الغبن يزيد على الخمس (م ٤٢٥ مدنى)[٧] ، فعلى خلاف ما هو مقرر فى هذا البيع

---

(٦) منصور مصطفى منصور ص ١٨٥ ·

(٧) تنص هذه المادة على أن :

(اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل · ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع) ·

لا يشترط أن يكون محل القسمة عقارا ، ولا أن يكون المتقاسم المغبون غير كامل الأهلية .

كما أن هناك فروقا أخرى تتعلق بالدعوى وما يجب على الطرف الآخر أداؤه لتجنب نقض القسمة(٨) .

٥٧ ـ جواز نقض القسمة العينية للغبن :

لا خــلاف حول جواز نقض القســمة العينية بالغبن أيا كان نــوع القسمة ، أى ســواء تمت بمعدل أو بغير معدل ، وسواء كانت كليــة أو جزئية .

٥٨ ـ هل يجوز نقض قسمة التصفية للغبن ؟

القسمة بطريق التصفية أحد أنواع القسمة ومن ثم يجــوز نقضها بالغبن .

الا أنه يتعين التفرقة بين ما اذا كان المزاد قد رسا على أحد الشركاء أم رسا على أجنبى . فاذا كان المزاد قد رسا على أحد الشركاء فان البيع ـ كما أسلفنا ـ يعتبر قسمة ، وبالتالى فانه يعتد بالغبن الواقع فى القسمة .

ومعنى ذلك أنه اذا بيع المــال للشريك بأقل من أربعة أخماس قيمته فانه بتوزيع الثمن على باقى الشركاء يكون نصيب كــل منهم منهم أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية للمــال الشائع ، ومن ثم يحق لهــؤلاء وهم الشركاء فى المــال الشائع ـ عدا المشترى ـ طلب نقض القسمة للغبن .

أما اذا كان المشترى أجنبيــا أى ليس من بين الشركاء المشــتاعين المتقاسمين ، فان رسو المزاد على الأجنبى يعد ـ كما أسلفنا ـ بيعا لا قسمة ، ومن ثم لا يتصور أن يكون هناك غبن فى قسمة الثمن بــين الشركاء ، لأن

---

(٨) الصدة ص ٢٥٥ .

الغبن هنا وقع فى بيع المال الشائع وليس فى قسمته[٩] .

٥٩ - الغبن فى حالة تجزئة القسمة الى عدة عقود :

قد لا تتم القسمة بعقد واحد ، وانما تتم بأكثر من عقد يرد كل منها على جزء من المال الشائع . وفى هذه الحالة لا ينظر فى وجود الغبن الى كل عقد على حدة ولكن الى القسمة فى مجموعها ، اذ ربما يغبن المتقاسم فى عقد ويأخذ أكثر من نصيبه فى عقد آخر .

ومن ثم اذا تبين أن المتعاقد قد غبن بما يزيد على الخمس فى مجموع هذه العقود ، كان له طلب نقض العقود جميعها لأنها تعتبر مراحل متعاقبة فى قسمة كلية واحدة .

٦٠ - العبرة فى نقض القسمة بحقيقة العقد :

قد يستر المتقاسمون عقد القسمة فى صورة عقد آخر ، كعقد بيع أو مقايضة أو صلح ، وفى هـــذه الحالة تكون العبرة فى طلب نقض العقـد بالغبن ، بحقيقة العقد . فاذا ثبت أن العقد فى حقيقته قسمة ، وأنه وقـع فيها غبن بما يزيد على الخمس ، جاز للشريك المغبون طلب نقضها .

ويقع على عاتق الشريك الذى يدعى صورية العقد وأنه يخفى قسمة عبء اثبات ذلك .

ويتبع فى الاثبات حكم القواعد العامة فى الاثبات .

٦١ - لا يجوز نقض عقد القسمة الاحتمالى بسبب الغبن :

لا يجوز نقض عقـد القسمة الاحتمالى بسبب الغبن ، لأن العقـود الاحتمالية تأبى طبيعتها أن تنقض للغبن . فاذا قسمت قطعة أرض شائعة بين شريكين على أن يكون نصيب أحد الشريكين أداء احتماليا ، كأن يترك له

---

(٩) السنهورى ص ١١٩٨ - أحمد سلامة ص ٣٨٠ .

ملكية الأرض فى مقابل أن يقدم له ايرادا مرتبا مدى الحياة ، أو أن يرتب له على هذا المال حق انتفاع يبقى ما دام هو على قيد الحياة .

٦٢ - مقدار الغبن الذى يجيز طلب نقض القسمة :

مقدار الغبن الذى يلحق بالشريك فى القسمة ، ويجيز له طلب نقض القسمة ، هو الذى يزيد على خمس المال الشائع محل القسمة(١٠) ، فهو يقدر تقديرا حسابيا . فاذا كان الغبن يقل عن ذلك ، لم يكن للشريك طلب نقض القسمة .

وبالرغم من أن الحكمة من جواز نقض القسمة للغبن أنها يجب أن تحقق المساواة بين المتقاسمين ، الا أنه يتعين أن يصل مقدار الغبن الى قدر من الأهمية ، قدره المشرع بما يزيد على الخمس ، والا لما استقرت قسمة ، اذ لا يخلو الأمر من وجود تفاوت فى قيمة الأنصبة(١١) .

والعبرة فى التقدير بقيمة المال الشائع وبقيمة نصيب كل شريك وقت القسمه ، وليس وقت بدء الشيوع ، أو وقت رفع دعوى الغبن ، فالمراد هو تحقيق مبدأ المساواة فى حصول كل من الشركاء بمقتضى القسمة على ما يعادل حصته الشائعة فيتعين أن يكون وقت القسمة هو المرجع فى التقدير(١٢) .

فلا يعتد بالزيادة أو النقص الذى يطرأ على المال الشائع أو على نصيب كل شريك بعد وقوع القسمة ، فقد تزيد قيمة المال بسبب زيادة صقعه أو تقل بسبب انخفاض الأسعار .

وقد يحدث الغبن بغير اعادة تقويم المال ، كما لو اختص وارث

---

(١٠) وقد اقترح فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رفع نسبة الغبن من الخمس الى الربع ، ولكن اللجنة لم توافق على ذلك .

(١١) منصور مصطفى منصور ص ١٨٥ وما بعدها .

(١٢) اسماعيل غانم ص ١٨١ - البدراوى ص ١٩٨ .

- ضمن حصته - بدين للمورث على الغير ، ثم يتبين أن المدين معسر عند القسمة وترتب على اعساره أن لحق الوارث غبن يزيد على الخمس ، فيكون له أن ينقض القسمة(١٣) .

ويعتد فى تقدير نصاب الغبن بقيمة حصة الشريك فى مجموعها ، فاذا كانت حصته مكونة من عقارات ومنقولات ، وكانت قيمة ما خصه من العقارات أقل من قيمة ما خص بقية شركائه منها بما تزيد على الخمس ، ولكن هذا النقص تعوضه زيادة فى قيمة ما آل اليه من منقولات ، فلا يكون ثمة مجال للطعن فى القسمة بسبب الغبن فى قيمة العقارات(١٤) .

ولا يكفى لنقض القسمة أن تكون حصة أحد الشركاء زائدة على قيمة حصة كل من الشركاء الباقين بما يجاوز الخمس ، طالما أن هذه الزيادة لو وزعت على بقية الشركاء لما تحقق بالنسبة الى كل منهم غبن يزيد على الخمس ومن ثم لا تكون دعوى الغبن مقبولة من أى منهم(١٥) .

وفى تقدير القيمة لا يعتد بالقيمة المقدرة فى عقد القسمة ، وانما يعاد التقدير من جديد ، وللمحكمة الاستعانة بالخبراء فى هذا التقدير .

وبالترتيب على ما تقدم ، اذا كان الشركاء فى مال شائع أربعة بحصص متساوية وقدرت قيمة المال بألفى جنيه ، كان الواجب أن تكون قيمة نصيب كل من الشركاء ٥٠٠ ج ، ويجب لكى يكون الشريك مغبونا أن تكون قيمة الحصة المفرزة التي وقعت فى نصيبه تقل بما يزيد على خمس المبلغ الاخير وهو مائة جنيه أى بأن تكون قيمة حصته أقل من ٤٠٠ ج .

٦٣ - تحديد نصاب الغبن ليس من النظام العام :

تحديد نصاب الغبن وهو ما يزيد على الخمس ليس من النظام العام ،

---

(١٣) أحمد سلامة ص ٣٨١ هامش (١) .
(١٤) عرفة ص ٤٥٢ .
(١٥) عرفة ص ٤٥٢ - محمد كامل مرسى ص ٢٤٣ الهامش .

فيجوز أن يتفق المتقاسمون على خلافه ، كأن يتفقوا على تحقيق المساواة التامة بين حصصهم ، فاذا لم تراع هذه المساواة عند تكوين الحصص جاز للشريك الذى يتظلم من نقص قيمة حصته أن يطعن فى القسمة بسبب الغبن ، وعندئذ يكون للقاضى أن يقضى بنقض القسمة حتى لو كان الغبن أقل بكثير من الخمس(١٦) .

٦٤ - عدم جواز تنازل الشريك مقدما عن الحق فى طلب نقض القسمة للغبن :

لا يجوز للشريك أن ينزل مقدما عن حقه فى طلب نقض القسمة بسبب الغبن ، فى أية صورة يفرغ فيها هذا التنازل ، لأنه لا يجوز النزول عن الحق قبل وجوده ، وهذا الحق لا يوجد الا بتحقق الغبن فعلا وهو ما لا يتحقق الا بتمام القسمة وتوزيع الحصص .

٦٥ - الخصوم فى دعوى نقض القسمة للغبن :

ترفع دعوى نقض القسمة للغبن من الشريك المغبون أى الذى لحقه الغبن . واذا تعدد الشركاء المغبونون جاز لهم رفع الدعوى منفردين أو مجتمعين(١٧) .

أما الشريك الذى لم يغبن فلا يجوز له بداهة رفع الدعوى .

وتنتقل دعوى نقض القسمة للغبن من الشريك المغبون الى وارثه ، فيجوز للوارث بعد وفاة الشريك أن يرفع الدعوى أو أن يواصل السير فيها .

ويجوز كذلك لدائن الشريك المغبون أن يرفع الدعوى باسم مدينه طبقا للقواعد المقررة فى الدعوى غير المباشرة(١٨) .

---

(١٦) محمد كامل مرسى ص ٢٤٣ الهامش - عرفة ص ٤٥١ .
(١٧) محمد كامل مرسى ص ٢٤٣ الهامش - عرفة ص ٢٠٠ .
(١٨) السنهورى ص ١١٩٩ .

والمدعى عليـــه فى دعوى نقض القسمة للغبن هم ســـائر الشركاء المشتاعون ، لأن هذه الدعوى تهدف الى ابطال القسمة بالنسبة للجميـــع ، ويجب على المدعى اختصامهم(١٩) ٠

٦٦ — رفع دعوى نقض القسمة للغبن خلال سنة :

أوجبت الفقرة الثانية من المـادة ٨٤٥ مدنى رفع دعوى نقض القسمة للغبن خلال السنة التالية للقسمة ، فلا يحسب فيها اليوم الذى تمت فيـه القسمة ، وتحسب مدة السنة من اليوم التالى ، وتحسب السنة بالتقـويم الميلادى (م ٣ مدنى) ، وقد هدف الشارع من هـذا الميعاد سرعة تحقيق الاستقرار النهائى للاتفاق المنهى للشيوع وحتى لا يبقى مصير القسمة معلقا أمدا طويلا(٢٠) ٠

فاذا لم ترفع الدعوى خلال سنة ، كانت الدعوى غير مقبولة لرفعهـا بعد الميعاد ، يستوى أن يكون المدعى قد علم بالغبن الذى لحق به أو لم يعلم٠ ومدة السنة المذكورة ، مدة سقوط لا تقادم ، فهى مدة حتمية لا يرد عليها الوقف أو الانقطاع(٢١) ٠ وهى فى هذا تتفق مع دعوى الغبن للاســـتغلال المنصوص عليها بالمـادة ١٢٩ مدنى ، اذ نصت الفقرة الثانية منهـا على أنه يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غـــير مقبولة ٠ ولكنها تختلف عن دعوى الغبن فى بيع عقار غير متوافر الأهليـة المنصوص عليها بالمـادة ١/٤٢٦ مدنى ، والتى نصت على أن تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن اذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع ٠

---

(١٩) السنهورى ص ١٢٠٠ — أحمد سلامة ص ٣٨٢ ٠

(٢٠) الشرقاوى ص ١٥٤ — عرفة ص ٤٥٣ ٠

(٢١) السنهورى ص ١٢٠٠ — الدكتور محمـــد على عمران الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى المصرى ص ٣٢٦ — أحمد سلامة ص ٣٨٢ — عبد المنعم الصدة ص ٢٥٥ — منصور مصطفى منصور ص ١٨٦ ٠

٦٧ - اثبات الغبن فى القسمة :

يقع عبء اثبات الغبن فى القسمة على الشريك الذى يدعى الغبن وهو المدعى فى دعوى نقض القسمة بالغبن .

وليهذا الشريك اثبات الغبن بكافة طرق الاثبات القانونية - بما فيها البينة والقرائن - لأن محل الاثبات هنا واقعة مادية .

وغالبا ما تندب المحكمة التى تنظر الدعوى خبيرا تكون مهمته تقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة وقيمة الجزء المفرز الذى آل الى المدعى وقت القسمة أيضا ، وبمقارنة هاتين القيمتين يمكن معرفة ما اذا كان المدعى قد لحق به غبن يزيد على الخمس بالنظر الى مقدار حصته فى المال الشائع قبل القسمة(٢٢) .

٦٨ - الحكم الذى يصدر فى دعوى نقض القسمة :

طلب نقض القسمة بالغبن ، يهدف الى هدم القسمة التى تمت أى هدم الاتفاق الذى أدى الى الغبن ، حتى يتيسر اجراء القسمة من جديد . وما دام هذا الهدم يرجع الى سبب مقارن لنشوء التصرف القانونى يتمثل فى عيب فيه ، فانه يقوم على بطلان تصرف المتقاسم المغبون أى أن الطعن فى القسمة هو طلب بابطال القسمة(٢٣) .

فاذا ثبت للقاضى حصول الغبن وجب عليه القضاء بابطال عقد القسمة .

وليس للقاضى سلطة تقديرية فى القضاء بابطال العقد ، لأن فى دعاوى الابطال لا يكون للقاضى سلطة تقديرية فى القضاء بالابطال اذا ثبت له تحقق سببه(٢٤) ، وذلك على خلاف الحال بالنسبة لدعاوى الفسخ فله فيها سلطة تقديرية .

---

(٢٢) السنهورى ص ١٢٠٠ - أحمد سلامة ص ٣٨٢ .
(٢٣) السنهورى ص ١٢٠١ - الشرقاوى ص ١٥٣ .
(٢٤) السنهورى ص ١٢٠١ - أحمد سلامة ص ٣٨٢ هامش (١) .

٦٩ - آثار القضاء بنقض القسمة :

يترتب على القضاء بنقض القسمة أى ابطالها ، اعتبارها كأن لم تكن ، فيكون للحكم أثر رجعى ، ويعود المتقاسمون الى حالة الشيوع التى كانت قائمة ، ويعتبر الشركاء مالكين على الشيوع منذ بدايه ، وذلك عملا بالمادة ١/١٤٢ مدنى التى تقضى بأنه : (فى حالتى ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل) .

ويجوز للشركاء بعد صدور الحكم ، الاتفاق على قسمة جديدة ، كما أن لهم كلهم أو بعضهم الالتجاء الى القضاء لاجراء القسمة .

واذا وقع غبن لأحد الشركاء فى القسمة الاتفاقية الثانية ، جاز له أيضا رفع دعوى نقض القسمة بالغبن .

وتسقط كأثر للحكم تصرفات الشركاء فى الأموال المفرزة التى وقعت فى نصيبهم نتيجة للقسمة ، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التى ترتبت للغير طبقا للقواعد المقررة فى شأن ابطال العقد فى التصرفات الصادرة للغير .

أما أعمال الادارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة ، وذلك وفقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن(٢٥) .

٧٠ - حق المدعى عليه فى وقف السير فى دعوى نقض القسمة :

نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى فى شأن دعوى نقض القسمة على أن : (للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته) .

فقد أجاز النص للمدعى عليه فى دعوى نقض القسمة بالغبن أن

---

(٢٥) السنهورى ص ١٢٠١ .

يوقف سير الدعوى ويمنع اجراء قسمة جديدة ، وذلك بأن يكمل حصة شريكه المغبون (المدعى) بما يكفل تحقيق المساواة التامة بين حصتى كل منهما ، فلا يكفى اذن لوقف السير فى الدعوى أن يعرض المدعى عليه ما يكمل حصة المدعى الى الحد الذى يزول معه الغبن المحظور بأن يكملها الى أربعة أخماس القيمة ٠

وتختلف القسمة فى ذلك عن دعوى الغبن عن طريق الاستغلال (م ١٢٩)(٢٦) ، ودعوى الغبن فى بيع عقار ناقص الأهلية (م ١/٤٢٥ مدنى)(٢٧) ٠

وعلة هذه التفرقة أن القسمة تعنى التوزيع طبقا للحقوق الخاصة بالمتقاسمين والتى كانت لهم فى الشيوع السابق على القسمة ، فوجود هذه الحقوق السابقة هو الذى يوجب احترامها عند القسمة ، فاذا لم تحترم هذه الحقوق فان هذا يخل بروح القسمة وهو المساواة(٢٨) ، أما العقود الأخرى كالبيع والمقايضة فهى تقوم على المعاوضة ٠

واكمال نصيب الشريك المغبون يكون اما عينا أو نقدا ، ويكون الاكمال عينا اذا أدى اليه جزءا من المال الشائع الذى وقع فى حصته يعادل قيمة النقص فى حصه الشريك المغبون ٠

---

(٢٦) ففى هذه الدعوى يجوز للمتعاقد المغبون أن يطلب ابطال العقد او انقاص التزاماته ، وانقاص الالتزامات هنا ليس ضروريا ان يكون بحيث يرفع أى غبن عن المتعاقد المغبون ، بل يكفى أن يرفع عنه الغبن الفاحش ٠
كما يجوز فى عقود المعاوضة كالبيع والمقايضة وغيرها أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال ، اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن ، ولا يشترط أن تكون الزيادة التى يعرضها المدعى عليه لتوقى دعوى الابطال بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة الشىء بل يكفى أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحمله البائع لا يصل الى حد الغبن الفاحش (السنهورى ص ١٢٠٢) ٠

(٢٧) ذلك أن هذه الفقرة تنص على أنه : (اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل) ٠

(٢٨) توفيق فرج ص ١٨٣ ٠

ويكون الاكمال نقدا اذا أدى اليه مبلغا من النقود يساوى ما نقص فى حصة الشريك المغبون .

والخيار للمدعى عليه وهو المدين فى اختيار الوفاء باحدى الطريقتين عينا أو نقدا .

غير أنه اذا عرض المدعى عليه الاكمال باحدى الطريقتين المذكورتين وقبل الشريك المغبون عرضه ، امتنع على المدعى عليه العدول عن الطريقة التى اختارها الى الطريقة الأخرى .

ويجب أن يضاف الى تكملة النقص فى حصة الشريك المغبون ، ثمرات القدر الناقص أو فوائده من يوم القسمة حتى يوم الدفع(٢٩) .

واذا تعدد المدعى عليهم ، فعليهم الاتفاق على مبدأ اكمال حصة المدعى نقدا أو عينا . فاذا اتفقوا على ذلك واختلفوا على قيمة ما يخص كل منهم ، فصل القاضى فى ذلك .

أما اذا لم يتفقوا على مبدأ الاكمال ذاته ، كان للشركاء الذين وافقوا عليه أداء ما يكمل نصيب المدعى . فاذا قاموا بذلك قضت المحكمة بوقف السير فى الدعوى . غير أنه لا يجوز لهم الرجوع على من لم يوافق من الشركاء على مبدأ الاكمال بشىء(٣٠) .

وكما يجوز للمدعى عليه عرض التكملة ، فانه يجوز لدائنه التدخل فى الدعوى وأن يعرض هذه التكملة نيابة عن مدينه(٣١) .

واكمال نصيب المدعى جائز فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، فيجوز ذلك أمام محكمة ثانى درجة ، بل بعد الحكم فى الدعوى بحكم نهائى ، طالما

---

(٢٩) السنهورى ص ١٢٠٣ ـ أحمد سلامة ص ٣٨٢ .
(٣٠) السنهورى ص ١٢٠٤ .
(٣١) أحمد سلامة ص ٣٨٢ .

ان قسمة جديدة لم تتم ، ذلك أن المشرع جعل له الحق فى تكملة النصيب لا ليتف سير دعوى الغبن فقط ، بل وليمنع اجراء القسمة من جديد(٣٢) .

ولا محل للاعتراض على ذلك لأن ما يعرضه المدعى عليه وهو تكملة حصة المدعى ، يؤدى الى نفس النتيجة المراد الوصول اليها بالقسمة الجديدة مع تفادى الاجراءات . كما أن نص المادة ٨٤٥ مدنى يؤدى الى التفسير السابق فقد جرت على أن : (وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد ... الخ) .

وفى حالة عرض نصيب المدعى بعد صدور حكم نهائى ، وتحمل المدعى ثمة نفقات فى سبيل اجراء قسمة جديدة يلتزم المدعى عليه باضافة هذه النفقات الى قيمة ما يكمل نصيبه(٣٣) .

---

(٣٢) السنهورى ص ١٢٠٤ - عرفة ص ٤٥٣ .
(٣٣) فى هذا المعنى السنهورى ص ١٢٠٤ .

موضـــوع رقم (٤)
القسمة القضـــائية

٧١ - المقصود بالقسمة القضائية :

القسمة القضائية هى القسمة التى تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر منها ، رغم معارضة بعض الشركاء فى اجرائها ، بنـاء على دعوى ترفـع من أحد الشركاء فى المـال الشائع تسمى دعوى (قسمة) ٠

٧٢ - متى يلجأ الشريك فى المـال الشائع الى القسمة القضائية ؟

تنص المـادة ١/٨٣٦ مدنى على أن : (اذا اختلف الشركاء فى اقتسام المـال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية) ٠

وتنص المـادة ١/٤٠ من المرسوم بقـــانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ باحكام الولاية على المـال على أن : (على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى ان كانت له مصلحة فى ذلك فاذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع ٠ وعلى الوصى ان يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها ٠ وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية) ٠

وتنص المـادة ٧٩ من المرسوم بقانون سالف الذكر على أن : (يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى بشأن مال القاصر من أحكام) ٠

ويبين من هذه النصوص أن الشريك فى المـال الشـــائع[١] يلجأ الى

---

(١) راجع فى المقصود بالشريك فى المـال الشائع بند (١) ٠

القسمة القضائية فى حالتين :

الحالة الأولى :

اذا لم يتفق جميع الشركاء فى المال الشائع على اجراء قسمة اتفاقية ، سواء كانوا رافضين لمبدأ القسمة الاتفاقية ، أو كانوا متفقين على هذا المبدأ ، ولكن اختلفوا فى تحديد الأنصبة • فيكون للشريك الذى يريد الخروج من الشيوع رفع دعوى القسمة •

الحالة الثانية :

أن ينعقد اجماع الشركاء على القسمة الاتفاقية ، ولكن كان من بينهم من هو ناقص الأهلية (قاصر أو مجنون او معتوه أو ذو غفلة أو سفيه أو غائب) ، واستأذن الوصى أو القيم أو وكيل الغائب - بحسب الأحوال - المحكمة فى قسمة المال اتفاقا ، فلم تأذن له ، أو اذنت له مبدئيا بالقسمة الاتفاقية ، ولكنها لم توافق على القسمة عند عرض مشروع العقد عليها للتثبت من عدالته ، وقررت اتخاذ اجراءات القسمة القضائية •

(راجع فى التفصيل بند ٣٠ وما بعده) •

الخصوم فى دعوى القسمة :

٧٣ - النص القانونى :

المادة ١/٨٣٦ مدنى :

(اذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية) •

٧٤ - رفع الدعوى من أحد الشركاء فى المال الشائع ضد باقى الشركاء :

ترفع دعوى القسمة من أحد الشركاء فى المال الشائع ، اذا لم يتفق جميع الشركاء على اجراء قسمة اتفاقية ، ويجوز أن ترفع من أكثر من شريك ، أو حتى من جميع الشركاء عدا واحد ، اذا كان هو فقط الذى لم يوافق على القسمة الاتفاقية •

وترفع الدعوى من أحد الشركاء او أكثر ولو كانت ملكيتهم لحصة فى المال الشائع طارئة ليست ملكية أصيلة منذ بدء الشيوع ، وهذا ما سنعرض له بالتفصيل ٠

وترفع الدعوى على باقى الشركاء فى المال الشائع ، أى الشركاء عدا المدعين ٠

٧٥ - الأجنبى المشترى لحصة شائعة من احد الشركاء المشتاعين :

اذا باع أحد الشركاء حصته فى المال الشائع لأجنبى أى لشخص ليس من بين الشركاء المشتاعين فان هذا الأجنبى يصبح شريكا فى المال الشائع بدلا من الشريك البائع له ، والذى يترتب على بيعه لحصته اخراجه من الشيوع(٢) ٠

غير أنه اذا كان المال الشائع عقارا ، فانه يشترط لاعتباره شريكا فى الشيوع ، أن يكون قد سجل عقد شرائه ، لأن الملكية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير الا بالتسجيل ٠

فلا يكفى لاعتباره مالكا وبالتالى شريكا أن يكون قد رفع دعوى بصحة ونفاذ عقد شرائه وسجل صحيفة الدعوى ٠

وطالما أصبح المشترى شريكا فى الشيوع فانه يجوز له رفع دعوى القسمة ، كما يجب على المدعى فى دعوى القسمة اختصامه فى الدعوى ضمن باقى الشركاء ٠

واذا تصرف الشريك فى حصته لأجنبى ، وقام الأخير بتسجيل عقد شرائه بعد رفع دعوى القسمة ، فان البائع لا يعتبر ممثلا للمشترى فى دعوى القسمة ، ويتعين اختصام المشترى فى الدعوى ٠

---

(٢) السنهورى ص ١٢٠٩ - عرفة ص ٤٣٠ ٠

غير أن المشترى الذى لم يسجل عقده ، يجوز له رفع دعوى القسمة باسم مدينه البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - (للشريك على الشيوع فى عدة عقارات أن يبيع حصة شائعة فى بعض العقارات . واذا سجل المشترى عقده انتقلت اليه حصة البائع فى هذا البعض من العقارات شائعا ويصبح المشترى دون الشريك البائع هو صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضاء فاذا تجاهله شركاؤه وأجروا قسمة هذه الأطيان مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشترى الذى سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة . ولا يغير من ذلك أن يكون الشريك البائع قد باع أكثر من نصيبه فى بعض العقارات المشتركة ذلك لأن البيع يعتبر صحيحا نافذا فى القدر الذى يملكه البائع - والمشترى دون البائع - هو الذى يستطيع التحدث عن هذا القدر اذا ما أراد الشركاء قسمة العقارات المشتركة) .

« طعن رقم ١٥٤ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/١٠/٢٠ »

٢ - (أوجبت المادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تسجيل جميع العقود التى من شأنها انشاء حق ملكية أو أى حق عينى آخر أو نقله أو تغييره . ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع الى المشترى الا بالتسجيل والى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار ويكون بالتالى هو الخصم فى كل دعوى تتعلق بعين العقار ، ولما كان الخصم فى دعوى القسمة هو الشريك المالك عملا بالمادة ٤٥٢ مدنى قديم التى تحكم هذا النزاع ، وكان يبين من الوقائع التى أثبتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثانى الذى كان مالكا للعقار والشريك الواجب اختصامه ، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثانى الارثية فى هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى

صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية اذ الملكية لا تنتقل الا بتسجيل الحكم الصادر فى الدعوى ، فان الحكم المطعون فيه اذ خالف هذا النظر يكون قد أخطأ فى القانون بما يستوجب نقضه) .

« طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٢٥ ق ـ جلسة ١٩٦٠/٤/٢١ »

٣ ـ (الأصل أن البائع لا يمثل المشترى فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وأن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكا للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى ، وأن للشريك على الشيوع أن يبيع حصته شائعة واذا سجل المشترى عقده انتقلت اليه حصة البائع شائعة ويصبح المشترى دون الشريك هو صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضاء ، فاذا تجاهله شركاؤه وأجروا القسمة مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل ، فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشترى الذى سجل عقده قبل تسجيل حكم القسمة) .

« طعن رقم ٧٩ لسنة ٤١ ق ـ جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤ »

٤ ـ (الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله ، قبل تسجيل سند القسمة ، فالمشترى لحصة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع ، اذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة ، يعتبر من الغير وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار ، وله أن يطلب اجراء قسمة جديدة ، اذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها) .

« طعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ ق ـ جلسة ١٩٨١/٤/٢٨ »

٥ ـ (من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشريك فى ملك شائع

الذى يتصرف بالبيع فى حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلا للمشترى منه متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت اليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء اجراءات القسمة) .

« طعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٢/١/٢٤ »

واذا تصرف الشريك فى حصته الشائعة لأجنبى ، وقام الأخير بتسجيل عقد شرائه بعد رفع دعوى القسمة ، فان البائع لا يعتبر ممثلا للمشترى فى دعوى القسمة ، ويتعين اختصام المشترى فى الدعوى .

٧٦ - الأجنبى المشترى لحصة مفرزة من احد الشركاء المشتاعين :

اذا باع أحد الشركاء فى المال الشائع حصة مفرزة فى العقار الشائع الى أجنبى عن الشيوع ، فانه لا يترتب على ذلك أن يصبح المشترى شريكا فى الشيوع بدلا من الشريك البائع ، لأن هذا البيع لا ينفذ فى حق الشركاء ، فالمشترى لا يعتبر مالكا الا تحت شرط واقف ، هو حصول القسمة ووقوع الحصة المبيعة فى نصيب البائع .

ومن ثم فانه لا يجوز للمشترى رفع دعوى القسمة ، كما لا يلزم اختصامه فيها[٣] .

---

(٣) السنهورى ص ١٢٠٩ - الصدة ص ٢٢٥ - أحمد سلامة ص ٢٨٤ - وقارن محمد على عرفة ص ٤٣٠ اذ يقول : (لا نرى مسوغا قانونيا لحرمان هذا المشترى من رفع دعوى القسمة اذا سجل عقده قبل رفعها فعلا ، وذلك لأن له مصلحة جدية فى رفع هذه الدعوى حتى يطمئن الى نتيجة عقده ، ولا يظل مصير التصرف الصادر اليه معلقا بأيدى باقى الشركاء دون أن يكون فى وسعه وضع حد لحالة القلق الناشئة عن طبيعة مثل هذا التصرف ، لا سيما أنه لا يستطيع المطالبة ببطلانه اذا اشترى وهو عالم بحالة الشيوع .

والقول بخلاف ذلك يؤدى الى موقف غريب حقا ، اذ يكون للشريك الذى تصرف فعلا فى قدر مماثل لحصته وقبض الثمن حق طلب القسمة مع انعدام مصلحته فى طلبها ، بينما يمتنع ذلك على صاحب المصلحة الفعلية ، وهو المشترى الذى دفع الثمن فى مقابل تملك حصة هذا الشريك !! وظاهر ما فى هذا الوضع من مخالفة ظاهرة للمنطق وروح القانون) .

غير أنه يجوز له تطبيقا للمادة ٨٤٢/١ مدنى بوصفه دائنا لأحد الشركاء أن يعارض فى أن تتم القسمة بغير تدخله ، ويترتب على هذه المعارضة الزام الشركاء بادخاله فى جميع الاجراءات ، ويجب على كل حال ادخاله ان كان قد توصل الى تسجيل البيع الصادر له - اذا كان عقارا - قبل رفع دعوى القسمة ، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقه(٤) .

كما يجوز له باعتباره دائنا للبائع أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة (م ٢٣٥ مدنى) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بان :

١ - (من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه اذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا على اجراء القسمة بين الشركاء ، فان المشترى فى هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى - حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكا فى العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لا يلزم تمثيله فى القسمة ، ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء ، فانها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها ، ويترتب عليها فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر اليه ، فاذا وقع القدر المبيع المفرز فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر ، وان لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى البائع بطريق القسمة) .

« طعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨١/١/٢٠ »

٢ - (أ) - (النص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أنه اذا كان التصرف منصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة يدل على أن

بيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل اجراء القسمة بين الشركاء لا يجيز للمشترى طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل اجراء القسمة ووقوع المبيع فى نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا) ٠

(ب) - (بيع الشريك فى العقار الشائع قدرا مفرزا قبل اجراء القسمة بين الشركاء لا يجعل المشترى - بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى - شريكا فى العقار الشائع ولا يكون له اى حق من حقوق الشركاء ولا يلزم تمثيله فى القسمة حتى لو سجل عقده قبل القسمة) ٠

« طعن رقم ٢١٢٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٤/١١/٢٥ »(٤)

---

(٤) قارن عكس ذلك :

١ - (جرى قضاء هذه المحكمة على أن للشريك على الشيوع فى التركة أن يبيع حصة محددة ، ولا يستطيع أحد الشركاء الاعتراض على هذا البيع والادعاء بأنه يستحق المبيع ما دام أن التركة لم تقسم قسمة افراز) ٠

« طعن رقم ١١١ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/٦/٣٠ »

٢ - (ليس ثمة ما يمنع البائع وان كان مالكا على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا وأن حالة التحديد هذه وان ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو اجازة الشريك على الشيوع الا أن هذا كله لا يبطل عقد البيع ٠ وبتسجيل المشترى لعقده تنتقل الملكية اليه ويصبح شريكا لباقى الشركاء تجب مخاصمته فى دعوى القسمة ان لم يجز هؤلاء الباقون من الشركاء عقده ٠ وعلى ذلك فانه ليس للمستحق - سواء أكان شريكا على الشيوع أو متلقيا ملكه من شريك على الشيوع - أن يدعى الاستحقاق فى المبيع الا بعد القسمة ووقوع المبيع فى نصيبه هو لا فى نصيب البائع لذلك المشترى ٠ وهذا الذى استقر عليه قضاء هذه المحكمة فى ظل القانون المدنى القديم هو ما أخذ به القانون المدنى الحالى فى المادة ٨٢٦ منه) ٠

« طعن رقم ٣٦١ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ »

(راجع أيضا ذات المبدأ : نقض ١٩٣٢/٦/١٦ مجموعة عمر ج ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ١٩٤٠/٥/٣ مجموعة عمر ج ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩) ٠

٧٧ - المالك لحصة فى الشيوع تحت شرط فاسخ أو واقف :

يجوز رفع دعوى القسمة من الشريك الذى يملك حصة فى المال الشائع تحت شرط فاسخ . واذا رفع دعوى القسمة غيره من الشركاء وجب عليهم اختصامه فى الدعوى .

أما الشريك الذى يملك حصته تحت شرط واقف فانه لا يجوز له رفع دعوى القسمة ، لأنه لا يملك سوى اتخاذ الاجراءات التحفظية ، والقسمة لا تعد من الاجراءات التحفظية .

أما اذا رفعت دعوى القسمة من غيره من الشركاء ، ولو من الشريك الذى يملك حصة تحت تحت شرط فاسخ فانه يجب اختصامه فى الدعوى(٥) .

٧٨ - جواز ادخال من لم يختصم من الشركاء فى المال الشائع قبل الفصل فى دعوى القسمة :

اذا لم يختصم المدعى فى دعوى القسمة جميع الشركاء فى المال الشائع - بالتفصيل السابق - فله تدارك ذلك وأن يطلب ادخال من لم توجه اليه الدعوى من الشركاء .

كما يجوز هذا الادخال بناء على طلب المدعى عليهم (مادة ١١٧ مرافعات) .

ويجوز أيضا للمحكمة ادخالهم فى الدعوى من تلقاء نفسها (م ١١٨ مرافعات) .

---

(٥) السنهورى ص ١٢١١ - أحمد سلامة ص ٣٨٤ .

ويجوز للشريك الذى لم توجه اليه دعوى القسمة أن يطلب التدخل فيهـــا .

٧٩ - جزاء عدم اختصام بعض الشركاء فى المـال الشائع فى دعوى القسمة:

اذا لم يتم اختصـام بعض الشركاء فى المـال الشـائع - بالتفصيل السابق - فان الحـــكم الصادر فى الدعـــوى لا يـكون حجـة عـلى من لم يتم اختصامه(٦) .

ولكن لا يجوز للشركاء الذين وجهت اليهم الدعوى التحدى بأن الدعوى لم توجه الى كافة الشركاء بطلب الحكم بعدم قبولها ، لأن البطلان المترتب على عـــدم تمثيل بعض الشركاء فى اجراءات دعوى القسمة هـــو بطلان نسبى لا يجوز التمسك به الا للشريك الذى لم يختصم وله طلب عدم نفاذ الحكم الصادر بالقسمة فى حقه(٧) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (جرى قضاء محكمة النقض بأن البطلان المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء فى اجراءات دعوى الفرز والتجنيب هو بطلان نسبى لا يحق التمسك به الا للشريك الذى لم يكن طرفا فيها) .

« طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/١١/٢٤ »

٢ - (وفقا للمادة ٨٤٣ من القانون المدنى يترتب على صـــدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليـه منذ أن تملك فى

---

(٦) السنهورى ص ١٢٠٩ - الصدة ص ٢٢٥ - اسـماعيل غانم ص ١٨٥ - جميل الشرقاوى ص ١٥٦ - أحمد سلامة ص ٣٨٤ وما بعدها .

(٧) السنهورى ص ١٢٠٩ - اسماعيل غانم ص ١٨٥ .

الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص وان ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم) .

« طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٨٣/٤/٢٦ »

ولما كانت اجراءات بيع العقار لعدم امكان قسمته عينا جزءا من اجراءات دعوى القسمة فانه يجب اختصام جميع الشركاء فيها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(انه وان كان قانون المرافعات القديم قد نص فى المادة ٦٢٦ على أنه اذا لم تمكن قسمة العقار بغير ضرر يباع على حسب القواعد المقررة لبيع العقار اختيارا ، وكانت المادة ٦٢٠ مرافعات قديم تجيز لكل صاحب عقار أن يبيعه بالمحكمة « بالأوجه المعتادة » بمقتضى شروط وروابط للبيع تودع مقدما قلم كتاب المحكمة ، الا أن هذا لا يعنى اغفال طبيعة اجراءات بيع العقار لعدم امكان قسمته عينا ، وأنها جزء من اجراءات دعوى القسمة التى يجب أن يكون جميع الشركاء أطرافا فيها ، فاذا حدد قاضى البيوع بناء على طلب الطالب البيع من الشركاء يوما للبيع وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطريق الذى يعلن به أى خصم فى أية دعوى ، ولا يكفى امكان علمهم بما ينشر أو يلصق من اعلانات ، اذ هم أطراف الدعوى الذين يجب أن تتم الاجراءات جميعا فى مواجهتهم ، والا كان حكم رسو المزاد غير صالح لأن يحاج به من لم يعلن من الشركاء وعدم اعلان الشريك هو اغفال لاجراء جوهرى يعتبر أصلا من الأصول العامة فى التقاضى ، فضلا عن أنه قد يحول دون ممارسة الشريك لحقوق مقررة له قانونا كحق دخوله المزاد مشتريا ، أو حق طلب زيادة العشر أو اجراء البيع فى مكان اخر غير المحكمة ويترتب على ذلك أن اغفال اعلان الشريك باليوم الذى يحدد للبيع سواء لأول مرة

بعد الحكم بالبيع أو بعد شطب الدعوى موجب لبطلان الاجراءات التالية ومنها حكم رسو المزاد وما ترتب عليه ٠ واذن فالحكم الذى يبنى على أن القانون لا يوجب اعلان الشريك باليوم الذى يحدده قاضى البيوع لاجراء البيع لعدم امكان القسمة يكون مخطئا فى تطبيق القانون) ٠

« طعن رقم ١١٢ لسنة ١٩ ق - جلسة ١٩٥١/١١/٢٩ »

المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة

٨٠ - النصوص القانونية :

مادة ١/٨٣٦ مدنى :

(اذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية) ٠

مادة ٨٣٨ مدنى :

(تفصل المحكمة الجزئية فى المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص وفى كل المنازعات الأخرى التى تدخل فى اختصاصها ٠

فاذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية ٠٠٠ الخ) ٠

مادة ٤٣ مرافعات (معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) :

(تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم الابتدائى مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا اذا لم تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه فيما يلى :

١ - الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقى والمصارف ٠

٢ - دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالمبانى والأراضى والمنشآت الضارة اذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع ٠

٣ - دعاوى قسمة المال الشائع) ٠

٨١ - المحكمة المختصة نوعيا بنظر الدعوى :

تختص المحكمة الجزئية نوعيا بالفصل فى دعاوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمة المال ، أى ولو جاوزت قيمته نصاب المحكمة الجزئية وهو

خمسة آلاف جنيه ، وكانت الدعوى تدخل بحسب الأصل فى اختصاص المحكمة الابتدائية .

وهذا اختصاص نوعى استثنائى للمحكمة الجزئية نصت عليه المادتان ١/٨٣٦ ، ٨٣٨ مدنى والمادة ٤٣ مرافعات .

وجعل الشارع الاختصاص للمحكمة الجزئية فى دعاوى قسمة المال الشائع ولو زادت قيمة المال الشائع على نصابها المحدد فى قانون المرافعات ، تأسيسا على أن اختصاصها - كما سنرى - لا يتناول الا اجراءات القسمة ، واجراءات القسمة لا تختلف بحسب قيمة المال المراد قسمته ، ورغبة فى التعجيل بالاجراءات وحتى لا يطول أمد نظر الدعوى امام المحكمة .

والذى تختص به المحكمة الجزئية يقتصر على المسائل التى تدخل فى اجراءات القسمة التى تتعلق بتكوين الحصص واعطاء كل شريك نصيبه . ويلحق بالمنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء فقد يدعى احد الشركاء أن النصيب المفرز الذى جنبه له الخبير أقل مما يستحق أو أن هناك طريقة أفضل لتجنيب الأنصبة(٨) .

وكذلك تقدير اجراء القسمة العينية بمعدل أو بغير معدل ، أو تعذر القسمة العينية فتجرى القسمة بطريق التصفية ، وذلك ببيع المال الشائع بالمزاد وقسمته بين الشركاء(٩) .

أما ما قد يثور أثناء نظر دعوى القسمة من منازعات أخرى ، كالمنازعة حول أصل ملكية أحد الخصوم ، أو فى مقدار الحصة الشائعة لأحد المتقاسمين ، أو المنازعة المتعلقة بتصرف أحد الشركاء فى حصته وحلول

---

(٨) محمد على عمران ص ٣٢٧ .

(٩) السنهورى ص ١٢١٢ - منصور مصطفى منصور ص ١٩٠ - عبد المنعم الصدة ص ٢٢٦ - أحمد سلامة ص ٣٨٥ وما بعدها .

المتصرف اليه مكانه فى دعوى القسمة ، فانيا لا تدخل فى معنى اجراءات القسمة ولا تختص بها المحكمة الجزئية الا اذا كانت فى حدود النصاب العادى للقاضى الجزئى فان تجاوزت هذا النصاب تعين على المحكمة بعد التحقق من جدية المنازعة أن توقف دعوى القسمة وأن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها ، ويستمر وقف دعوى القسمة الى أن يفصل نهائيا فى تلك المنازعات ، فتعود المحكمة الجزئية الى السير فى الدعوى لاتمام القسمة(١٠) ٠

ويلاحظ أن الدعوى تكون مرفوعة أمام المحكمة الابتدائية ومتصلة بها قانونا بالاحالة الصادرة من المحكمة الجزئية دون حاجة الى أن يسلك الخصوم الطريق العادى لرفع الدعاوى المنصوص عليه فى المادة ٦٣ من قانون المرافعات ، وذلك استثناء من حكم هذه المادة ٠

والأحكام السابقة نصت عليها المادة ٨٣٨ مدنى التى تجرى على أن (تفصل المحكمة الجزئية فى المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص وفى كل المنازعات الآخرى التى تدخل فى اختصاصها ٠

فاذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها ، وتقف دعوى القسمة الى أن يفصل نهائيا فى تلك المنازعات) ٠

وفى هذا قضت محكمة النقض بان :

١ - (مفاد نص المادة ٨٣٨ من القانون المدنى أن اختصاص محكمة المواد الجزئية الاستثنائى فى دعاوى القسمة قاصر على المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص ، أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص به الا اذا كان

---

(١٠) السنهورى ص ١٢١٢ - جميل الشرقاوى ص١٥٥ وما بعدها - عبد المنعم الصدة ص ٢٢٦ - أحمد سلامة ص ٣٨٦ وما بعدها - اسماعيل غانم ص ١٨٩ ٠

يدخل فى اختصاصها العادى - ومتى كان النزاع الذى أثير فى الدعوى امام محكمة الموضوع يدور حول طبيعة الشيوع فى « السلم المشترك » وما اذا كان هذا الشيوع عاديا أم اجباريا وحول تحديد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشأن هذا « السلم » فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين الحصص ويخرج بحسب قيمته من اختصاص قاضى المواد الجزئية نوعيا اذا كانت قيمة السلم المتنازع عليه - كما قدرها الخبير المنتدب فى دعوى القسمة وباتفاق الطرفين - تجاوز نصاب تلك المحكمة مما كان يتعين معه أن تحيل هذا النزاع الى المحكمة الابتدائية للفصل فيه عملا بالفقرة الثانية من المادة ٨٣٨ من القانون المدنى واذ هى لم تفصل فانها تكون قد جاوزت اختصاصها وخالفت القانون) .

« طعن رقم ٢٩٧ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٩٦٢/١/٢٥ »

٢ - (النص فى المادة ٨٣٨ من القانون المدنى يدل على أن المشرع جعل الاختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية أيا كانت قيمة الأموال الشائعة التى يراد قسمتها فاذا أثيرت منازعات لا تتعلق باجراءات القسمة انما بأصل ملكية الشريك أو بمقدار حصته الشائعة ، فان الفصل فيها يكون للمحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة ، فاذا كانت من اختصاص المحكمة الجزئية تولت هذه المحكمة الفصل فيها ، واذا تجاوزت المنازعة اختصاص المحكمة المذكورة فعليها أن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية المختصة ، وأن تحدد لهم الجلسة التى يحضرون فيها وتوقف دعوى القسمة الى ان يفصل نهائيا فى تلك المنازعات) .

« طعن رقم ٥٦٥ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٧٦/٦/١٥ »

٣ - (دعوى قسمة المال الشائع تخصيصه أو بيعه اختصاص المحكمة الجزئيه بنظرها المواد ٣/٤٣ ، ٤٦٤ مرافعات ، ٨٣٦ مدنى) .

« طعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧ »

٤ - (النص فى الفقرة الأولى من المادة ٨٣٦ منالقانون المدنى والنص

فى المادة ٨٣٨ من هذا القانون يدل على أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية اختصاصا استثنائيا بنظر دعوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد اختصاصها الى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص به الا اذا كان يدخل فى اختصاصها العادى . فاذا ما أثيرت فى دعوى القسمة منازعة لا تتعلق بتكوين الحصص وتخرج عن الاختصاص العادى للمحكمة الجزئية وجب عليها ان رأت جديتها أن توقف دعوى القسمة لحين الفصل نهائيا فى هذه المنازعة ، وهى لا تكتفى فى ذلك باصدار حكم بالوقف بل ينبغى أن يكون الحكم مقرونا باحالة المنازعة الى المحكمة الابتدائية المختصة بنظرها وأن تعين للخصوم الجلسة التى يحضرون فيها مما يستتبع أن تكون الدعوى بتلك المنازعة قد رفعت أمام المحكمة الابتدائية واتصلت بها قانونا بمقتضى هذه الاحالة دون حاجة لأن يسلك الخصوم الطريق العادى لرفع الدعاوى المنصوص عليه فى المادة ٦٣ من قانون المرافعات اذ قد استثنت هذه المادة بصريح نصها من اتباع هذا الطريق ما ينص عليه القانون من سبيل آخر لرفع الدعاوى ، لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن المنازعة التى أثيرت فى دعوى القسمة على ملكية العقار قد أحيلت الى محكمة قنا الابتدائية للفصل فيها اعمالا لحكم المادة ٨٣٨ من القانون فان الدعوى بهذه المثابة تكون قد رفعت واتصلت بها تلك المحكمة على نحو يتفق وصحيح القانون) .

« طعن رقم ٧٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٩٠/٢/٢٥ »

٨٢ - المحكمة المختصة محليا بنظر الدعوى :

يجب التفرقة فى بيان المحكمة المختصة محليا بنظر دعوى القسمة بين ما اذا كان المال الشائع محل القسمة عقارا أو منقولا .

فاذا كان المال الشائع عقارا ، كانت المحكمة المختصة هى التى يقع فى دائرتها العقار أو أحد أجزائه اذا كان واقعا فى دوائر محاكم متعددة(١١) .

---

(١١) كانت الفقرة الأولى من المادة ١٢٠٤ من المشروع التمهيدى =

وليس من اللازم فى تحديد المحكمة المختصة اذا كان العقار مجزأ أن تكون هى المحكمة التى يقع فى دائرتها أكبر الأجزاء قيمة ، لأن النص لا يضع هذا الشرط(١٢) .

أما اذا كان المال الشائع منقولا ، كانت المحكمة المختصة ، هى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه أو أحد المدعى عليهم اذا تعددوا .

= (التى أصبحت المادة ٨٣٦ مدنى) تنص على أن: (أما اذا اختلف الشركاء ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية التى تقع فى دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة وان كان المراد قسمته منقولا فأمام المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها موطن أحد المدعى عليهم) ـ الا أن لجنة المراجعة حذفت الشق الأخير من الفقرة المتعلق بالاختصاص المحلى) (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٠٦ وما بعدها) .

(١٢) الدكتور جميل الشرقاوى قواعد اختصاص المحاكم المدنية ١٩٥٥/١٩٥٦ ص ١١٤ .

كيفية اجراء المحكمة للقسمة

أولا : القسمة العينية

٨٣ - تمهيـــد :

اوضحنا فيما سلف أن القسمة العينية هى التى تؤدى الى أن يختص الشريك بجزء من المـال الشائع ٠ وذلك اما عن طريق تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب واجراء القرعة أو بطريق التجنيب بأن يعين لكل شريك جزء مفرز يعادل حصته اذا تعذر الأمر الأول ٠

والقســمة العينية هى الأصل الذى يجب أن يتجه التفكير اليه اولا ٠

ويبين من مجموع النصوص التى تحدث فيها الشارع عن القســمة العينية أنها تمر بمراحل اربع نتناولها فيما يأتى :

المرحلة الأولى

قسمة المـال الشـــائع

الى حصص أو التجنيب

٨٤ - النصوص القـانونية :

مـادة ٨٣٦/٢ مدنى :

(وتندب المحـكمة ان رأت وجها لذلك ، خبيرا أو أكثر لتقويم المـال الشائع وقسمته حصصا ان كان المـال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته) ٠

مـادة ٨٣٧ مدنى :

(يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة

جزئية ، فان تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته ٠

واذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه) ٠

٨٥ - اجراء القسمة :

تبدأ المحكمة عند نظر دعوى القسمة ، بندب خبير أو أكثر ان رأت وجها لذلك لاجراء القسمة ٠ فقد يرى القاضى أن تكوين الحصص لا يثير صعوبات خاصة فيقوم بتولى هذه العملية بنفسه ، الا أن العمل بالمحاكم جرى على ندب خبير لاجراء القسمة ٠

وتكون مهمة الخبير بيان ما اذا كان المال الشائع المراد قسمته ، يمكن قسمته عينا دون نقص كبير يلحق المال الشائع فى قيمته ، أم أنه لا يمكن ذلك ٠

فاذا كانت قسمة المال عينا دون نقص كبير فى قيمته غير ممكنة ، فان المحكمة تلجأ الى طريق قسمة التصفية بالتفصيل الذى سنذكره ٠

أما اذا كانت قسمة المال الشائع عينا ممكنة دون نقص كبير يلحق المال فى قيمته ، فان الخبير يسير فى اجراءات القسمة ، فيقسم المال الشائع حصصا مفرزة على أساس أصغر نصيب ان كان ذلك ممكنا ، فتكون بذلك حصصا متساوية ويستوى فى ذلك أن تكون القسمة كلية تشمل كل المال الشائع وجميع الشركاء ، او جزئية من حيث المال أو من حيث الشركاء ، بان يكون المراد قسمته أحد الأموال الشائعة فيقسم هذا المال عن طريق تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب وتترك بقية الأموال شائعة ، أو بأن يكون من طلب القسمة هم بعض الشركاء فيفرز الخبير نصيبهم ثم يقسمه حصصا على أساس أصغر نصيب أيضا ٠

وعلى ذلك لو افترضنا أن الشركاء ثلاثة وكان لشريك خمس المال

وللشريكين الآخرين الباقى بالتساوى ، كونت الحصص على أساس الخمس لأنه أصغر نصيب • واذا كانت أنصبة الشركاء نصف وثلث وسدس قسم المال أسداسا • فاذا كانت أنصبتهم هى الثلثان والربع وجزء من اثنى عشر يقسم المال الى اثنى عشر جزءا وهكذا(١٣) •

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

(فاذا أمكن قسمة المال عينا دون أن تلحقه نقص محسوس وعين خبير لتكوين الحصص ، كونها على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية بأن كان بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الآخرين ••• أما اذا أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب مثل ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هى النصف والثلث والسدس فيقسم المال أسداسا ، أو تكون أنصبتهم هى الثلثان والربع وجزء من اثنى عشر فيقسم المال الى اثنى عشر جزءا وهكذا)(١٤) •

أما اذا تعذرت قسمة المال الشائع الى حصص متساوية ، ولا يقصد بتعذر القسمة أن تكون مستحيلة وانما يمكن أن يتحقق هذا التعذر فى غير حالة الاستحالة ، كأن يكون من شأن تقسيم المال الى حصص صغيرة أن تنقص قيمتها ، أو يقتضى اجراءات معقدة لا تبررها المصلحة المقصودة . أو أن توقع فى نصيب الشريك أجزاء متناثرة يصعب استغلالها(١٥) •

فى هذه الحالة يتولى الخبير قسمة المال الشائع الى أجزاء مفرزة ، كل منها يمثل حصة أحد الشركاء أى اجراء القسمة على أساس افراز جزء لكل شريك وفقا لحصته وهذا ما يسمى بالقسمة بطريق التجنيب ولا يلزم فى

---

(١٣) توفيق فرج ص ١٨٥ •

(١٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٢٩ وما بعدها •

(١٥) السنهورى ص ١٢٢٢ وما بعدها ـ أحمد سلامة ص ٣٩١ ـ اسماعيل غانم ص ١٨٩ •

هذه الحالة اتفاق جميع الشركاء بل يكفى أن ترى المحكمة تعذر قسمة المال الى حصص متساوية ، وهذا على خلاف ما كان مقررا فى القانون المدنى القديم حيث كان يجب اتفاق الشركاء جميعا على اجراء القسمه بطريق التجنيب عند تعذر اجرائها بطريق الاقتراع والا بيع المال الشائع لعدم امكان قسمته ٠

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(كانت نصوص القانون المدنى القديم تقضى بأن القسمة بين الشركاء يجب أن تجرى أصلا بطريق القرعة الا اذا وافق الشركاء على اجرائها بطريق التجنيب ، فان تعذر الأمران - اجراء القسمة على أصغر نصيب تمهيدا للقرعة واتفاق الشركاء على القسمة بالتجنيب ، وجب بيع العقار لعدم امكان قسمته - ولكن هذه النصوص وان اتفقت مع نص الفقرة الأولى من المادة ٨٣٧ من القانون المدنى الحالى فى أن القرعة هى الأساس وأنه يجوز اجراء القسمة بطريق التجنيب اذا اتفق على ذلك الشركاء الا أن النصوص تختلف فى حالة تعذر القسمة على أصغر نصيب تمهيدا لاجراء القرعة فالقانون القديم ما كان يبيح التجنيب بغير رضاء الشركاء بينما يبيح القانون الحالى ذلك) ٠

« طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ »

وفى حالتى القسمة على أساس الحصص أو بطريق التجنيب ، قد يحدث ألا يتمكن الخبير من جعل الحصص أو الأجزاء المفرزة متساوية تماما ، وحينئذ يساوى بين الحصص أو الأجزاء عن طريق ما يسمى (بالمعدل) ، وهو عبارة عن مبلغ من النقود يلتزم بدفعه من وقع فى نصيبه - بطريق القرعة كما سنرى - الحصة الكبرى أو من آل اليه الجزء الأكبر قيمة ، والدائن بهذا المعدل هو الشريك الذى وقعت فى نصيبه الحصة الأصغر أو من آل اليه الجزء الأقل قيمة ، وذلك تعويضا له عن النقص فى نصيبه ٠

وعلى هذا نصت المادة ٢/٨٣٧ مدنى اذ جرت على أن : (اذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص فى نصيبه) ٠

وبالبداهة فانه لكي يتحدد مقدار المعدل فانه يلزم أن يسبقه تحديد قيمة ما آل الى كل شريك • والعبرة فى تحديد هذه القيمة هى بوقت اجراء القسمة ، اذ فى هذا الوقت يصبح كل شريك مالكا ملكية مفرزة لما آل اليه ، ومن ثم فلا عبرة بقيمة الحصة عند بدء الشيوع ، ولا عند رفع دعوى القسمة ، وهذا الحل هو الذى أخذ به الشارع المصرى فى تقدير الغبن عند طلب نقض القسمة الاتفاقية للغبن كما رأينا(١٦) •

وقد جاء بالمشروع التمهيدى انه :

(فاذا لم يتيسر للخبير تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب جاز له أن يقسم بطريق التجنيب ، وذلك بأن يعين لكل شريك جزءا مفرزا من المال الشائع يتعادل مع حصته ، واذا اقتضى الأمر معدلا يكمل نصيب بعض الشركاء حدد هذا المعدل)(١٧) •

وظاهر من عبارة نص المادة ٢/٨٣٧ مدنى سالفة الذكر أن هذا الحكم استثناء فلا يجوز الالتجاء الى هذه الطريقة الا عند الاقتضاء وبالتالى يجوز للشريك الذى لم يختص بكامل حصته عينا أن يعارض فى تكوين الحصص

---

(١٦) السنهورى ص ١٢٢٤ ـ احمد سلامة ص ٣٩٢ وما بعدها ـ عبد المنعم الصدة ص ٢٢٩ ـ منصور مصطفى منصور ص ١٩٢ ـ اسماعيل غانم ص ١٨٩ ـ ويجب ملاحظة أنه من المستحيل أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الأموال الشائعة وقت صدور الحكم بالقسمة ، اذ أن تكوين الحصص انما يتم حتما قبل صدور الحكم • كما أن مهمة الخبير تستغرق عادة فترة غير قصيرة ، وهو لن يستطيع تقدير كافة الأموال الشائعة جميعا فى وقت واحد • ومع ذلك فانه من الضرورى أن يكون الأساس فى تقديرات الخبير تاريخا موحدا • ولذلك جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على أن لقاضى الموضوع أن يحدد تاريخا معينا ، يراعى فيه أن يكون أقرب تاريخ مستطاع الى وقت صدور الحكم بالقسمة ، يتخذ أساسا للتقدير بحيث تكون العبرة بقيمة الأموال الشائعة جميعا فى ذلك التاريخ وهذا القضاء جدير بالاتباع فى مصر ، فهو يكفل التوفيق بين الاعتبارات المختلفة التى تتنازع الموضوع (اسماعيل غانم ص ١٨٩ وما بعدها هامش «١») •

(١٧) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٢٠ •

على أساس المساواة فى القيمة ويكون على المحكمة أن تأمر بتحقيق المساواة العينية بين الحصص اذا تبين لها أن اجراء القسمة ممكن على هذا الأساس(١٨) ٠

ويصح أن يلجأ الخبير الى التجنيب ولو كان يمكن قسمة المال على أساس تكوين الحصص ، وذلك اذا اتفق جميع الشركاء على ذلك ، ذلك أن المشرع وضع هذا القيد بقصد حماية مصالح الشركاء ، فان هم أجمعوا على عدم تمسكهم به كان ذلك من حقهم(١٩) ٠

ومتى طلب الشريك أن تكون القسمة بطريق التجنيب أو وافق على التجاء الخبير اليها فلا يجوز له الرجوع فى طلبه أو موافقته(٢٠) ٠

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(اذا وافق أحد الشركاء أمام محكمة أول درجة على اجراء القسمة بطريق التجنيب فلا يجوز له أن يرجع أمام محكمة ثانى درجة فى هذا ويطلب اجراء القسمة بطريق القرعة) ٠

« طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ »

واذا طلب المدعى فى دعوى القسمة فرز وتجنيب نصيبه فى المال الشائع ، ولم يطلب المدعى عليهم ذلك ، كان على الخبير فرز وتجنيب نصيب المدعى فقط وابقاء المدعى عليهم فى الشيوع ٠

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(اذا كانت المحكمة قد ندبت الخبير لفرز وتجنيب نصيب - المدعين - طالبى القسمة والخصم الثالث الذى انضم اليهم بينما لم يطلب أحد من المدعى

---

(١٨) محمد على عرفة ص ٤٣٢ ٠
(١٩) السنهورى ص ١٢٢٣ - أحمد سلامة ص ٣٩١ ٠
(٢٠) السنهورى ص ١٢٢٣ هامش (٢) - أحمد سلامة ص ٣٩٢ ٠

عليهم فرز وتجنيب نصيب له فلا تثريب على الخبير اذا قام بفرز وتجنيب نصيب المدعين وأبقى عليهم فى الشيوع) .

« طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ »

٨٦ - احكام خاصة بقسمة بعض الأموال الشائعة اذا كان سبب الشيوع هو الميراث :

وردت هذه الأحكام فى المادتين ٩٠٥ ، ٩٠٦ من التقنين المدنى .

والمادة ٩٠٥ أوردت الأحكام الخاصة بقسمة الأوراق العائلية او الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث ، فنصت على أنه : (اذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث ، أمرت المحكمة اما ببيع هذه الأشياء أو باعطائها لاحد الورثة مع استنزال قيمتها من نصيبه فى الميراث أو دون استنزال ، ويراعى فى ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية) .

ومن أمثلة الأوراق والأشياء المذكورة بالنص ملابس المورث ومذكراته ، وما تركه من ذكريات مادية كالاسلحه وما الى ذلك .

وهذه يترك طريقة تقسيمها الى الورثة فاذا لم يتفقوا على ذلك ، يقدر القاضى بشأنها ظروف العائلة والظروف الشخصيه للورثة ، فقد يأمر ببيعها ، وقد يعطيها لوارث معين بعد استنزال قيمتها من نصيبه فى الارث او دون الاستنزال(٢١) .

وقد جرى القضاء الفرنسى على أن للورثة الذين لم تؤول اليهم هذه الأوراق أو الأشياء الحق فى استخراج صور منها . وهذا قضاء جدير بالاتباع فى مصر(٢٢) .

---

(٢١) مذكرة المشروع التمهيدى - مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٢٧٢ .

(٢٢) محمد على عرفة ص ١٩١ هامش (١) .

والمادة ٩٠٦ خاصة بالمستغل الزراعى او الصناعى او التجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها فنصت على أن:

(اذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة اذا كان أقدرهم على الاضطلاع به • وثمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث فى التركة ، فاذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثـل) •

ومثل المستغل الزراعى الذى يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها البستان ومثل المستغل الصناعى المصنع ومثل المستغل التجارى المتجر • فقد لاحظ المشرع أن من شأن تقسيم المستغل انقاص قيمته(٢٣) ، كما أن اتباع طريق القرعة قد يؤدى الى أن يقع المستغل فى نصيب وارث لا تتوافر لديه الخبرة اللازمة للاستمرار فى استغلاله(٢٤) •

ومن ثم أوجب النص تخصيص المستغل برمته لمن يطلبه من الورثة اذا كان أقدرهم على الاضطلاع بادارته • ويستنزل ثمن المستغل من نصيب الوارث فى التركة(٢٥) •

ولم يتعرض النص لحالة ما اذا كانت قيمة المستغل تزيد على نصيب

---

(٢٣) مذكرة المشروع التمهيدى — مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٢٧٤ •

(٢٤) محمد على عرفة ص ١٩١ وما بعدها •

(٢٥) وقد ورد النص فى المشروع التمهيدى على تقدير ثمن المستغل بمراعاة قيمة ما ينتجه لا قيمته كرأس مال فقط ، وجعلت لجنة المراجعة الثمن باعتبار (قيمة ايراده) ، الا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدلت النص على الوضع الحالى وذكرت تبريرا لذلك أن (الايراد قد يتأثر بطريقة الاستغلال وقدرة المستغل) — مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٢٧٤ وما بعدها •

الوارث ، على أنه ليس هناك من مبرر فى هذه الحالة لمنع تطبيق قاعدة تخصيص المستغل لأقدر الورثة على ادارته ان طلب ذلك ، عـلى أن يدفع الفرق فى القيمة ، وهذا ما أشارت اليه مذكرة المشروع التمهيدى(٢٦) ٠

واذ كان من بين الورثة أكثر من واحد يستطيعون النهوض بالمستغل فيكون وجه التفضيل بينهم من يعطى أعلى قيمة مع الاحتفاظ دائما بمستوى ثمن المثـل على الأقل ، فقد جعل الشارع المزايدة فى القيمة مناطا للترجيح بين الورثة الذين يستطيعون ادارة المستغل ٠

واذا كان المستغل زراعيا فان حكم المـادة ٩٠٦ مدنى سـالف الذكر قد يتعارض مع حكم المـادتين ٢٣ ، ٢٤ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الاصلاح الزراعى ٠

فقد نصت المـادة ٢٣ على أن : (اذا وقع ما يؤدى الى تجزئة الأراضى الزراعية الى أقل من خمسة أفدنة سواء كان ذلك نتيجة للبيع أو المقايضة أو الميراث أو الوصية أو الهبة أو غير ذلك من طرق كسب الملكية وجب على ذوى الشأن أن يتفقوا على من تؤول اليه ملكية الأرض منهم ، فاذا تعذر الاتفاق رفع الأمر الى المحـكمة الجزئية الواقع فى دائرتها أكثر العقارات قيمة ، بناء على طلب أحد ذوى الشـأن أو النيـابة للفصـل فيمن تؤول اليه الارض ، فاذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بباقى الأنصبة قررت المحـكمة بيع الأرض بطريق المزاد ٠ وتفصل المحـكمة فى الطلب بغير رسوم) ٠

وتنص المـادة ٢٤ على أن : (تفصل المحكمـة الجزئية – فى أيلولة الأرض غير القابلة للتجزئة – من يحترف الزراعـة من ذوى الشأن ، فان تساووا فى هذه الصفة اقترع بينهم ٠

على أنه اذا كان سبب الملكية الميراث فضـل من يشتغل بالزراعة من

---

(٢٦) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٢٧٤ ٠

الورثة ، فان تساووا في هذه الصفة قدم الزوج فالولد ، فاذا تعدد الأولاد اقترع بينهم) .

والرأي الغالب أن حكم المادة ٩٠٦ مدني هو واجب التطبيق لأن المادة المذكورة تعتبر في هذا الصدد نصا خاصا . فهي تتناول صورة خاصة من الأراضي الزراعية هي المستغل الزراعي مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، ومن ثم تقيد نص المادة ٢٤ من قانون الاصلاح الزراعي وهو نص عام التطبيق على كافة الأراضي الزراعية(٢٧) .

٨٦ مكرر - هل يجوز أن تتضمن القسمة القضائية تقرير حق جديد ؟

يمكن القول بوجه عام ، أنه لا يصح للقاضي أن يلجأ الى انشاء حق جديد ، رغم معارضة بعض الشركاء ، الا اذا اقتضت ذلك ضرورة المحافظة على قيمة المال الشائع . أما اذا أمكنت القسمة عينا ، أو أمكن بيع المال في المزاد ، بغير انشاء حقوق جديدة ، ودون أن يترتب على ذلك نقص كبير في قيمة المال ، فلا يصح للقاضي أن ينشيء حقا جديدا .

ففيما يتعلق بحق الارتفاق ، يصح للقاضي أن يقسم العقار الشائع أجزاء ويقرر لاحد الأجزاء حق ارتفاق على جزء آخر أو على الأجزاء الأخرى ، اذا اقتضى ذلك حسن الاستغلال وكان من المتعذر بيع العقار بالمزاد جملة واحدة لصعوبة العثور على مشتر يقبل شراء العقار كله في مقابل ثمن مناسب لقيمته . وقد استقر على ذلك قضاء محكمة النقض الفرنسية .

---

(٢٧) راجع مؤلفنا مشكلات الملكية والحيازة في قانوني الاصلاح الزراعي والزراعة ١٩٩٣ ص ٣٨٤ - الدكتور حسام الدين الأهواني أصول القانون الزراعي ١٩٧٥ ص ٢٢١ وما بعدها - وفي هذا المعنى : محمد على عرفة شرح قانون الاصلاح الزراعي الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ١٢٧ - وعكس ذلك أحمد سلامة القانون الزراعي الطبعة الثانية ١٩٧٦ ص ٢٢١ هامش (٢) - فيذهب الى أن المادة ٩٠٦ مدني تتكلم عن الوحدة الاقتصادية القائمة بذاتها ، وهذه مسألة مختلفة تماما عن المسألة محل البحث .

أما فيما يتعلق بحق الانتفاع فلم يعرض فى العمل قضية أثير فيها البحث فى جواز تقريره • وقد كان من الجائز فى القانون الرومانى انهاء الشيوع بتقرير حق انتفاع لأحد الشركاء وملكية الرقبة لشريك آخر • ولكن الفقه الفرنسى التقليدى كان يذهب الى أن فى ذلك تجاوزا لسلطة القاضى • وقد رأى البعض أنه اذا توافرت الشروط المتقدمة ، من حيث ضرورة الالتجاء الى انشاء حق الانتفاع حفظا لقيمة المال الشائع فلا يوجد ما يحول دون جواز ذلك ، وان كان من النادر عملا أن تتوافر هذه الشروط فيما يتعلق بحق الانتفاع(٢٨) •

واما انشاء حق ايجار لأحد المتقاسمين فى عقار يختص به متقاسم آخر ، فيثور البحث فيه بوجه خاص فى حالة ما اذا كان صاحب المحل التجارى مالكا للعقار الذى باشر فيه تجارته ، ويقتضى الحال بعد وفاته أن يختص أحد ورثته بالعقار وأن يختص وارث آخر بالمحل التجارى • فاذا لم يمنح من اختص بالمحل التجارى حق ايجار فى العقار الذى اختص به المتقاسم الآخر ، فسيترتب على ذلك فى كثير من الأحيان انقاص قيمة المحل التجارى ، اذ أن جانبا كبيرا من العملاء يتوقف على موقع المحل • ومثل هذا اذا تقرر بيع المحل التجارى فى المزاد وتقسيم ثمنه بين الشركاء ، فاذا لم تتضمن قائمة شروط البيع بندا بتقرير حق الايجار للمشترى فسيحجم الكثيرون عن الدخول فى المزاد ولن يتيسر الحصول الا على ثمن قليل ولذلك فمن المعقول فى مثل هذه الحالات أن يكون لقاضى القسمة سلطة انشاء حق الايجار رغم معارضة بعض الشركاء(٢٩) •

وأما عن تقسيم العقار الشائع الى طبقات أو شقق بحيث يختص كل متقاسم بطبقة أو شقة وتبقى الأجزاء المشتركة شائعة بينهم شيوعا اجباريا ، فقد اختلف فيه القضاء الفرنسى • أما فى الفقه فالأغلبية ترى جوازه •

---

(٢٨) اسماعيل غانم ص ١٩٩ وما بعدها •
(٢٩) اسماعيل غانم ص ٢٠٠ •

وقد ذهبت بعض الأحكام الى أنه لا يصح الالتجاء الى بيع العقار فى المزاد اذا كان فى الامكان قسمته الى طبقات أو شقق ، على اعتبار أن هذه القسمة عينية ولا يصح العدول عنها ما دامت ممكنة الى قسمة التصفية(٣٠) ٠

ويرى البعض - بحق - أن فى هذا القضاء مغالاة ، ذلك أن قسمة المنزل الى طبقات أو شقق لا تؤدى الى افراز كامل ، بل تبقى الأجزاء المشتركة فى الشيوع ، فهى تؤدى الى أن تنشأ ، بجانب الملكيات المفرزة للطبقات أو الشقق ، حقوق جديدة هى حقوق الملكية المقررة لملاك الطبقات أو الشقق فى الأجزاء المشتركة ، وهى ملكية شائعة شيوعا اجباريا وتخضع لتنظيم خاص ٠ ولذلك فلا يصح الالتجاء الى هذا الطريق الا اذا تعذرت قسمة التصفية ، بأن كان من المتعذر العثور على مشتر للعقار كله بثمن مقبول(٣١)٠

---

(٣٠) استئناف ليون ١٩ يونيه ص ١٩٥٢ المشار اليه بالمرجع السابق ص ٢٠٠ ، ٢٠١ ٠

(٣١) اسماعيل غانم ص ٢٠١ ٠

المرحلة الثانية

الفصل فى المنازعات التى يثيرها الخصوم فى القسمة

٨٧ - النص القانونى :

المادة ٨٣٨ مدنى :

(تفصل المحكمة الجزئية فى المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص وفى كل المنازعات الأخرى التى تدخل فى اختصاصها ٠

فاذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية ، وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها ، وتقف دعوى القسمة الى أن يفصل نهائيا فى تلك المنازعات) ٠

٨٨ - تحديد المنازعات التى تثار أمام المحكمة الجزئية وما يتبع للفصل فيها :

اذا أودع الخبير المنتدب من المحكمة لاجراء القسمة تقريره ، حددت المحكمة جلسة لنظر المنازعات التى يبديها الخصوم بشأن القسمة(٣٢) ، وقد جرى العمل على أن تنظر المحكمة هذه المنازعات فى جلسات المرافعة التى تلى ايداع التقرير دون تخصيص جلسة معينة لنظر هذه المنازعات ٠

وتنقسم المنازعات التى تعرض على المحكمة الجزئية حال نظر الدعوى الى نوعين من المنازعات نعرض لهما فيما يلى :

---

(٣٢) محمد على عرفة شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية ص ٤٣٣ ٠

النوع الأول :

المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص ويلحق بها المنازعات التى تتعلق بتجنيب نصيب الشركاء ٠

ومثـل هذه المنازعات :

١ ــ ادعـاء أحـد الشركـاء أن الحصـص التى كونهـا الخبير غير متساوية ٠

٢ ــ ادعـاء أحـد الشركـاء أنه يمكن تقسيم المـال بطريقة أفضـل من الطريقة التى حددها الخبير ٠

٣ ــ ادعـاء أحـد الشركـاء أنه يمكن للخبير اجراء القسمة العينية بدون معدل ٠

٤ ــ ادعـاء أحـد الشركـاء أن المعدل الذى قدره الخبير غير مناسب (منخفض أو مغالى فيه) ٠

٥ ــ ادعـاء أحـد الشركـاء أن النصيب الذى جنبه له الخبير أقـل مما يستحق ٠

٦ ــ ادعـاء أحـد الشركـاء أنه كان يمكن تجنيب نصـيبه بطريقة أفضل(٣٣) ٠

وهذا النوع من المنازعات يدخل فى اجراءات القسمة ، ولـما كانت المحـكمة الجزئية تختص بكافة المنازعات التى تتعلق باجراءات القسمة أيا كانت قيمة المـال الشائع ، ومن ثم فهى تختص بالفصل فى هذه المنازعات ٠

فاذا فصلت المحـكمة فى المنازعات المذكورة فانها تمضى فى نظر الدعوى الى المرحلة الثالثة من القسمة كما سنرى ٠

---

(٣٣) السنهورى ص ١٢٢٦ ٠

ولا يجوز الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر من المحكمة الجزئية فى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أو باجراء التجنيب الا عند الطعن فى الحكم المنهى للخصومه وهو الحكم الصادر باعطاء كل شريك نصيبه فى المال المفرز ، وذلك عملا بالمادة ٢١٢ من قانون المرافعات التى تجرى على أنه : (لا يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة الا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها ، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى[٣٤] والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والاحالة الى المحكمة المختصة وفى هذه الحالة الأخيرة ... الخ) .

النوع الثانى :

المنازعات الأخرى التى لا تتعلق بتكوين الحصص أو بتجنيب نصيب الشركاء ، وكلها تدور حول الملكية .

ومثال ذلك :

١ - ادعاء أحد الشركاء أن شريكا آخر لا يملك شيئا فى المال الشائع .

---

(٣٤) قارن السنهورى ص ١٢٢٦ فيرى ان المحكمة الجزئية عندما تفصل فى هذه المنازعات وتكون قيمتها مما يجوز استئنافه امام المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية ، جاز لذوى الشأن من الشركاء أن يستأنف حكم القاضى الجزئى أمام المحكمة الابتدائية ولا ترجع المحكمة الجزئية الى متابعة أعمال القسمة الا بعد أن تصدر أحكام نهائية فى جميع هذه المنازعات .

وهذا الرأى كان يتفق ونص المادة (٤٠٥/٣٦١) من قانون المرافعات الأهلى الذى كان ساريا وقت صدور التقنين المدنى اذ كانت تجيز استئناف الأحكام التمهيدية دون الأحكام التحضيرية قبل صدور الحكم فى الموضوع ، اذا كان الحكم الصادر فى الموضوع مما يجوز استئنافه ، أما نص المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات الملغى - الذى حل محله فقد جرت على أن الأحكام التى تصدر قبل الفصل فى موضوع الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة كلها أو بعضها لا يجوز الطعن فيها الا مع الطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع سواء أكانت تلك الأحكام قطعية أم متعلقة بالاثبات أو بسير الاجراءات انما يجوز الطعن فى الحكم الصادر بوقف الدعوى وفى الأحكام الوقتية المستعجلة قبل الحكم فى الموضوع .

٢ — ادعاء أحد الشركاء أن له حصة أكبر فى المال الشائع من الحصة التى يقر بها باقى الشركاء ، كان يدعى أن له الثلث فينازعه باقى الشركاء مدعين أن له الربع ٠

٣ — ادعاء أحد الشركاء أن شريكا آخر تصرف فى حصته لأجنبى ومن ثم لم يعد مالكا ولا يجوز له الدخول فى القسمة ٠

(راجع أيضا نقض ١٩٦٢/١/٢٥ منشور ببند ٨١) ٠

وحكم هذه المنازعات ، أنها اذا كانت تدخل بحسب قيمتها فى اختصاص المحكمة الجزئية — طبقا للقواعد العامة — تولت المحكمة الجزئية الفصل فيها ٠

ولا يجوز الطعن فى الحكم الصادر من المحكمة الجزئية فى هذا النزاع على استقلال ، وانما يكون الطعن عليه مع الحكم المنهى للخصومة أى الصادر باعطاء كل شريك نصيبه فى المال المفرز[٣٥] ٠

أما اذا كانت المنازعة لا تدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية طبقا للقواعد العامة ، كان عليها أن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية المختصة وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها ، وأن تقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا فى ذلك النزاع ٠

ويكون الفصل نهائيا فى النزاع اذا فات ميعاد استئناف الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية أو طعن فى هذا الحكم وفصل فى الاستئناف ٠

فاذا أصبح الحكم نهائيا جاز لأى ذى مصلحة من الخصوم تعجيل السير فى دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية لتواصل السير فيها ٠

---

(٣٥) راجع عكس ذلك السنهورى ص ١٢٣٧ — وراجع فى الرد على هذا الرأى الهامش السابق ٠

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى :

(فان قام نزاع فى تكوين الحصص فصلت فيه المحكمة الجزئية وان قام نزاع فى غير ذلك ، كأن تنازع الشركاء فى تحديد حصصهم وادعى شريك أن له الثلث فنازعه الشركاء الآخرون مدعين أن له الربع، فصلت المحكمة المختصة فى هذا النزاع ، فان كانت هى المحكمة الجزئية المختصة بالقسمة تولت الفصل والا أحالت الخصوم على المحكمة المختصة وحددت الجلسة التى يحضرون فيها ، ووقفت دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا فى هذا النزاع(٣٦) ·

(راجع أيضا بنـد ٨١) ·

٨٩ - القضاء باحالة الخصوم الى المحكمة الابتدائية ووقف دعوى القسمة رهين بجدية المنازعة التى يثيرها الخصوم :

يجب على المحكمة الجزئية قبل احالة الخصوم الى المحكمة الابتدائية للفصل فى النزاع على الملكيه ووقف الدعوى ، أن تتحقق من جدية المنازعه . وتقدير جدية المنازعة مما يدخـل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية ما دامت تقيم قضاءها على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة · وبالترتيب على ذلك اذا استبان للمحكمة الجزئية عدم جـدية المنازعة كان عليها الالتفات عنها والسير فى الدعوى ·

وفى هذا قضت محكمة النقض بان :

١ - (أ) (لقاضى القسـمه تقدير جدية المنازعة فى الملك التى تثار أمامه حتى لا يصـده ذلك عن ممارسة اختصاصه · وهذا التقدير يقتضى حتما بحث أوجه المنازعة ووزن أسـانيدها لا للفصـل فى موضوعها وانما للوصول الى قرار بتأخير الفصل فى القسمة أو للسير فى اجراءاتها)

(ب) تقدير جدية المنـازعة فى الملك المثـارة فى دعوى القسـمة هو

---

(٣٦) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٢٠ ·

مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية التى لا رقابة فيها لمحكمة النقض ما دامت تقيم قضاءها على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة) .

« طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٢٢ ق ـ جلسة ١٩٥٥/١١/٢٤ »

٢ ـ (لمحكمة الموضوع تقدير ما اذا كانت المنازعة فى دعوى القسمة جدية ومؤثرة على الدعوى حتى توقف السير فيها أو انها ليست كذلك فتطرحها جانبا وتسير فى الدعوى) .

« طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق ـ جلسة ١٩٥٦/٥/٣ »

٩٠ ـ من صاحب الحق فى التمسك بوقف الدعوى حتى يفصل نهائيا فى النزاع على الملكية ؟

التمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا فى الملكية ، مقرر لصالح الخصم الذى ينازع فى الملكية ، وهو دون باقى الشركاء الذى يحق له التمسك بوقف الدعوى . ولكن ليس معنى ذلك أن لمحكمة القسمة . بدلا من أن تحيل المنازعة التى تخرج عن نصاب القاضى الجزئى الى المحكمة الابتدائية المختصة ، أن تفصل فيها ما دام أن من نازع فى الملكية لم يطلب وقف دعوى القسمة واحالة المنازعة الى المحكمة الابتدائية . ذلك أن قواعد الاختصاص القيمى مما يتعلق بالنظام العام ، ويجب على المحكمة مراعاتها من تلقاء نفسها (م ١٠٩ مرافعات) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(التمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا فى الملكية هو من شأن الخصم الذى نازع فى الملكية ولا صفة لغيره من الخصوم فى التحدى به) .

« طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق ـ جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ »

٩١ ـ الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر بوقف الدعوى :

يجوز الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر من المحكمة الجزئية بوقف

الدعوى حتى يفصل نهائيا فى النزاع على الملكية اذا كانت قيمة الدعوى تزيد على النصاب النهائى للقاضى الجزئى وذلك عملا بالمادة ٢١٢ مرافعات التى تقضى بأنه : (لا يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة الا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها ، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى ، والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والاحالة الى المحكمة المختصة وفى هذه الحالة الأخيرة ... الخ) .

المرحلة الثـالثة

الحكم باعطاء كل شريك نصيبه المفرز

٩٢ - النص القـانونى :

المـادة ٨٣٩ :

(متى انتهى الفصـل فى المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب ، أصدرت المحـكمة الجزئية حـكما باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل اليه ٠

فاذا كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب ، تجرى القسمة بطريق الاقتراع ، وتثبت المحـكمة ذلك فى محضرها ٠ وتصدر حـكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز) ٠

٩٣ - كيفية اعطاء كل شريك نصيبه المفرز :

اذا انتهت المحـكمة الجزئية من الفصل فى المنازعات التى أبداها الشركاء فى تكوين الحصص ، واذا فصلت المحـكمة الابتدائية نهائيا فى النزاع على الملكية ، فان هذه المنازعات تكون قد حسمت ، ويكون لكل ذى مصلحة من الخصوم تعجيل دعوى القسـمة من الوقف ، وتمضى المحـكمة فى نظر الدعوى لتقضى باعطاء كل شريك نصيبه المفرز ٠

وفى هذا الشـان يتعين التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى : هى التى يكون نصيب كل شريك قد تعين مفرزا فى المـال الشائع بمعدل او بغير معدل أى تمت القسمة بطريق التجنيب ٠

والحالة الثانية : هى التى يكون المـال الشائع قد قسم الى حصص متساوية ٠

ففي الحالة الأولى ، تصدر المحكمة حكمها باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل اليه مع الزامه بأداء المعدل الى الشريك أو الشركاء الذين عينهم الخبير ان كان .

وفي الحالة الثانية ، فقد راينا أن الخبير يقسم المال الشائع الى حصص متساوية على أساس أصغر نصيب ، ولكن هذا التقسيم لا يؤدى الى معرفة كل شريك للحصص التى تقع فى نصيبه تحديدا .

وتحقيقا لذلك وحتى يخضع جميع الشركاء لفرص متساوية فى توزيع هذه الحصص ، فقد أوجبت المادة ٨٣٩ مدنى توزيع الحصص على الشركاء بطريق القرعة .

فاذا كان مجموع الحصص التى كونها الخبير تسع وعدد الشركاء ثلاث لواحد منهم حصة واحدة وللثانى ثلاث حصص وللرابع خمس حصص ، وضعت القرعة فى تسعة أوراق مرقمة ترقيما مسلسلا من رقم (١) الى رقم (٩) وترقم القطع التسع بنفس الطريقة(٣٧) .

ثم يعرض القاضى الورق على الشركاء ، ليسحب الشريك الأول ورقة واحدة ، والشريك الثانى ثلاث ورقات والشريك الثالث خمس ورقات ، فتكون نتيجة القرعة أن يختص كل شريك بالقطعة أو القطع المدون رقمها بالورقة أو الورق الذى سحبه(٣٨) .

فاذا كان المال المراد قسمته عقارا ، فان القرعة قد تؤدى الى اختصاص

---

(٣٧) فتكون كالآتى :

رقم مسلسل (١)
حصة رقم (١)

رقم مسلسل (٢)
حصة رقم (٢)

وهكذا .

(٣٨) فى هذا المعنى السنهورى ص ١٢٣١ .

الشريك ذى النصيب الذى يزيد على حصة واحدة ، بحصص متفرقة فى الغالب الأعم • ولذلك فان القرعة لا تكون مناسبة فى قسمة العقار الا فى حالة تساوى الحصص وهى أكثر مناسبة فى قسمة المنقولات على الشيوع(٣٩) •

وللتخلص من هذه النتيجة يمكن للخصوم ارتضاء تقسيم يجريه الخبير بحيث يجعل حصصهم متحدة ، أو الاتفاق فيما بينهم على التبادل بانصبتهم بما يحقق لهم ذلك بعد صدور حكم القسمة •

غير أن الاقتراع يعتبر اجراء حتميا لتحديد الأنصبة ، لا تصح القسمة بغيره ، الا اذا رضى كل من المتقاسمين باخذ حصته بغير القرعة ، بشرط أن يكونوا كلهم أهلا للتصرف ، أما اذا كان من بينهم شخص ناقص الأهلية فالقرعة واجبة •

وفى كل الأحوال التى تجب فيها القرعة تكون القسمة باطلة اذا أهملت القرعة(٤٠) •

واذا اقترح الخبير فى تقريره طرقا متعددة لتسوية الأنصباء بطريق القرعة وجب على المحكمة أن تجرى القرعة التى اقترحها الخبير ، ولا تترك طريقا من الطرق التى ذكرها الخبير باعتبار أن الطريق الذى استبعدته يترتب عليه بقاء شيوع جزئى(٤١) •

وبعد أن تنتهى المحكمة من اجراء القرعة تثبت ذلك فى محضرها ، وتصدر حكمها باعطاء كل شريك نصيبه المفرز ولا يقتصر أثر الحكم بتوزيع الحصص على تسليم كل شريك نصيبه المفرز الذى آل اليه بل يتناول أيضا تسليم مستندات الملكية المتصلة بالأموال التى وقعت فى نصيب كل

---

(٣٩) جميل الشرقاوى ص ١٥٩ •

(٤٠) محمد كامل مرسى ص ٢١٦ - محمد على عرفة ص ٢٣٤ •

(٤١) محمد كامل مرسى ص ٢١٧ واستئناف مختلط ٢٠ نوفمبر ١٨٨٩ المشار اليه بهامش رقم (١) بذات الصفحة من المؤلف المذكور •

شريك(٤٢) ٠

وبما تصدره المحكمة الجزئية من قضاء باعطاء كل شريك نصيبه المفرز فى الحالتين الأولى والثانية تنتهى دعوى القسمة ٠

غير أنه يستثنى من ذلك حالة ما اذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية فانه يجب تصديق المحكمة الابتدائية على النحو الذى سنذكره تفصيلا ، وفى هذا الفرض تمر دعوى القسمة بالمرحلة الرابعة ٠

---

(٤٢) وليس فى التشريع المصرى نص مقابل للمادة ٨٤٢ من القانون المدنى الفرنسى التى بينت الطريقة الواجب اتباعها بالنسبة الى المستندات الخاصة بالملك المشترك كله عند تجزئته ، أو المستندات المشتركة بين أعيان التركة ٠

المرحلة الرابعة
تصديق المحكمة الابتدائية
على الحكم الصادر من المحكمة الجزئية
فى دعوى القسمة اذا كان من بين الشركاء غائب
أو من لم تتوافر فيه الأهلية

٩٤ - النص القانونى :

المادة ٨٤٠ مدنى :

(اذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وفقا لما يقرره القانون) ٠

٩٥ - متى يلزم تصديق المحكمة على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية ؟

يلزم تصديق المحكمة وهى المحكمة الابتدائية - كما سنرى - على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية اذا كان من بين الشركاء فى المال الشائع طرفى القسمة ، غائب أو محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، أو قاصر مشمول بالوصاية أو بولاية جده لأبيه ٠ أما اذا كان القاصر مشمولا بولاية أبيه ، فانه لا يلزم التصديق على حكم القسمة ٠ والخصوم الذين تتطلب المادة التصديق من المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بالنسبة لهم هم ذات الخصوم الذين تتطلب المادة ٨٣٥ مدنى اتخاذ الاجراءات المنصوص عليها بالمادتين ٤٠ ، ٧٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال بالنسبة لهم عند اجراء القسمة الاتفاقية ٠

(راجع فى التفصيل بند ٣١ وما بعده) ٠

٩٦ - المحكمة المختصة بالتصديق وما يجب التصديق عليه :

نصت المادة ٨٤٠ مدني على أنه : (اذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وذلك وفقا لما يقرره القانون) - وكانت المادة (٤٥٦/٥٥٢ مدني قديم) المقابلة للنص الحالي تقضي بأنه : (اذا كان أحد الشركاء قاصرا أو غير أهل للتصرف أو غائبا ، وجب التصديق من المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال الى حصص) .

وهناك فارق بين النصين ، فالنص القديم يوجب التصديق من المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال الى حصص ، أي بعد أن تنتهي المحكمة الجزئية من تكوين الحصص والفصل فيما يثار حولها من منازعات ، وقبل أن تصدر الحكم المنهي لدعوى القسمة باعطاء كل شريك نصيبه المفرز ، أما النص الحالي فيوجب التصديق بعد صدور الحكم المذكور ، وذلك حتى يتسنى للمحكمة مراقبة اجراءات القسمة كلها بما فيها عملية الاقتراع(٤٣) .

وهذا المعنى هو ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي بقولها :

(وحكم القسمة هذا هو الذي تصدق عليه المحكمة الابتدائية اذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ولم يكن له ولي شرعي .

أما في التقنين الحالي ، فالمحكمة الابتدائية تصدق على قسمة الأموال الى حصص(٤٤) ، وقد رؤى ان الاولى أن يكون التصديق على حكم القسمة نفسه(٤٥) .

وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٩ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧

---

(٤٣) محمد علي عرفة ص ٤٣١ .
(٤٤) وكان هذا هو الرأي الراجح في ظل التقنين الملغى .
(٤٥) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٢٠ .

باصدار قانون المحاكم الحسبية - السارى فى ظل التقنين المدنى القديم - متفقا مع المادة ٤٥٦ المذكورة ، اذ جرت الفقرة المشار اليها على أن : (وفى حالة القسمة القضائية يكون التصديق المنصوص عليه فى المادة ٤٥٦ من القانون المدنى من اختصاص المحكمة الحسبية الكلية)(٤٦) ، غاية الأمر أنه جعل التصديق من اختصاص المحكمة الحسبية الكلية مما حدا بلجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عند نظر مشروع التقنين المدنى الجديد الى حذف لفظ (الابتدائية) الوارد بعد لفظ (المحكمة) ، وجاء بتقريرها أنها عدلت المادة (تعديلا يتسق مع مشروع قانون المحاكم الحسبية الذى وافق عليه مجلس النواب)(٤٧) .

ولما صدر المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بعد العمل بالتقنين المدنى الجديد - والذى ألغى القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ نص فى المادة ٤٠ منه على أن : (وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال الى حصص . ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك .

واذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال الى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص) .

وواضح من هذه المادة أنها جعلت التصديق من اختصاص المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى تنظر دعوى القسمة ، وقصرت تصديق المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال الى حصص ، فيكون التصديق بعد تكوين الحصص والفصل فيما يثار بشأنها من منازعات بين الشركاء ،

---

(٤٦) باعتبارها أقدر فى تفهم أحوال ناقص الأهلية - هاشم مهنا الموسوعة الحسبية - الطبعة الأولى ١٩٤٨ ص ٣٩٢ .

(٤٧) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١١٤ وما بعدها .

وقبل اجراء القرعة وصدور الحكم بالقسمة أى باعطـاء كل شريك نصيبه مفرزا ، وتكون المـادة بذلك قد عادت الى مسايرة المـادة (٥٥٢/٤٥٦) من التقنين المدنى السابق ، وخالفت نص المـادة ٨٤٠ من التقنين الحـالى التى توجب التصديق على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، رغم أن هذه المـادة أحالت الى القانون المنظم لأحكام الولاية على المـال .

وازاء التعارض بين نص المـادة ٨٤٠ مدنى ، والمـادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢(٤٨) ، نرى أن المـادة الأخـيرة قد نسخت المـادة الأولى باعتبارها لاحقة لها ، ومما يؤيد ذلك ما نصت عليه المـادة الثانية من قانون اصدار القانون رقم ١١٩ لسـنة ١٩٥٢ من أن : (يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقـانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ وكذلك يلغى كل ما كان مخالفا للأحكام المقررة فى النصوص المرافقة لهذا القانون(٤٩) .

---

(٤٨) ومع الأسف نجد المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بعد أن عرضت لحكم المـادة (٤٠) تضيف انه : (وقد فصلت الأحكام المتقدم ذكرها اعمالا للاحالة المشار اليها فى المـادة ٨٤٠ من القانون المدنى ، وهى التى تقضى بانه اذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على القسمة بعـد أن يصبح الحكم نهائيا ، وذلك وفقا لمـا يقرره القانون) ، فقد اعتبرت أن حكم المـادة جاء عملا بالاحالة الواردة بالمـادة ٨٤٠ من القانون المدنى ، بالرغم من أنها خالفت هذه المـادة صراحة .

(٤٩) من هذا الرأى : السنهورى ص ١٢٣٥ ــ احمد سـلامة الملكية الفردية ص ٣٩٥ ــ وقارن الصدة ص ٢٢٩ ، منصـور مصطفى منصـور ص ١٩٢ فهما يعرضان فقط لحـكم المـادة ٨٤٠ مدنى دون أن يناقشا أمر المـادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، والبدراوى ص ١٨٧ فهو رغم عرضه نص المـادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ يذهب الى أن التصديق يكون على الحـكم الصادر بالقسـمة ، وتوفيق فرج ص ١٨٧ فرغم اشارته الى المـادة ٤٠ فى هامش (١) يذهب الى ذات الرأى .

وقارن أيضا محمد على عرفة ص ١٩١ فهو يقول : (ان عبارة قانون الولاية على المـال ليست قاطعة فى الدلالة على معنى دون آخر وقد أشرنا الى ما ثار من خلاف فى ظل التقنين السابق حول تفسير ذات العبارة التى =

وبالترتيب على ذلك فانه يجب اعمـــال ما تقضى به المـادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

فاذا كان بين الشركاء غائب أو محجور عليه للجنون أو العته أو السفه أو الغفلة أو قاصر مشمول بالوصاية أو بولاية جده لأبيه ، تعين على المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى تنظر دعوى القسمة التصديق على قسمة الأموال الى حصص بعد ان تفصل المحكمة الجزئية فيما يثور بشأنها من منازعات .

فاذا كان قد أثير أمام محكمة الجزئية نزاع يتعلق بالملكية من اختصاص المحكمة الابتدائية ، تعين أن يكون تصديق المحكمة الابتدائية بعد صيرورة الحكم الصادر فى النزاع على الملكية نهائيا .

وللمحكمة الابتـــدائية اذا عن لها استجلاء أمر من الأمور أن تدعـو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك .

فاذا صدقت المحكمة الابتدائية على تكوين الحصص استأنفت المحكمة الجزئية السير فى نظر دعوى القسمة .

أما اذا رفضت التصديق على تكوين الحصص وجب عليهـــا أن تقسم الأموال الى الحصص التى تراها صالحة بعد دعوة الخصــــوم ، وحينئذ تلتزم المحكمة الجزئية بهذا التقسيم(٥٠) .

= استخدمها قانون الولاية على المـال بعد ذلك. وما دام الأمر كذلك فانه يحسن أن يفهم نص المـادة ٤٠ من قانون الولاية على المـال على المعنى الذى يتفق والتقنين المدنى ، اذ لا شك أن المشرع لم يتجه قصده عنـد اصـدار قانون الولاية على المـال الى التعديل فى التقنين المدنى فى هـذا الصـدد . فضلا عن أن تفسير المـادة ٤٠ على أن المقصود هو التصديق على الحكم الصادر باعطاء كل شريك نصيبه ، يجعله شاملا لحالة القسمة بطريقة التجنيب ، والالتجاء اليها جائز فى القانون المصرى حتى ولو كان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية) .

(٥٠) وأصبح لا محل لاعمال مايقضى به عجز المادة ٤٠ من المرسوم=

وواضح من صراحة نص المادة ٤٠ سالفة الذكر أن المحكمة الابتدائية تصـدق على قسمة الأموال الى حصص ، أى أن مجال تصديق المحكمـة الابتدائية عندما تجرى القسمة عن طريق قسمة المال الى حصص .

الا أن رأيا فى الفقه ـ نؤيده ـ ذهب الى أنه لما كان ما يقابل قسمة المال الى حصص فى القسمة بالاقتراع هو تجنيب أنصبة الشركاء فى قسمة التجنيب فانه يجب التصديق على تجنيب أنصبة الشركاء قياسا على التصديق على قسمة المال الى حصص ، ولما كان تجنيب أنصبة الشركاء يتخلط من الناحية العملية بحكم القسمة ، ولا يفصل بينهما الاقتراع كما هو الأمر فى قسمة المال الى حصص ، فانه يصح ، القول من الناحية العملية دائما ، إنه فى حالة القسمة عن طريق التجنيب تصدق المحكمـة الابتدائية على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية بتجنيب أنصبة الشركاء(٥١) .

ثانيا : القسمة بطريق التصفية

٩٧ ـ النص القانونى :

المادة ٨٤١ مدنى :

(اذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها احداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمه ، بيع هـذا المال بالطريقـة المبينة فى قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع) .

= بقانون رقم١١٩ لسنة ١٩٥٢ من أنه يقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة (الابتدائية) بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص ، بعد أن خلصنا الى عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة فى منازعات تكوين الحصص الا مع الحكم المنهى لدعوى القسمة .

(راجع فى التفصيل بند ٨٨) .

(٥١) السنهورى ص ١٢٣٦ ـ ويأخذ بهذا الرأى محمد على عرفة ص ١٩٠ وما بعدها هامش (١) ولكن على أساس تفسيره السابق لنص المادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ (راجـع هامش (٤٩) من ذات البند) .

٩٨ ـ متى تجرى القسمة بطريق التصفية ؟

أوضحنا سلفا أن القسمة بطريق التصفية تكون ببيع المال الشائع بالمزاد العلنى ، وتوزيع حصيلة ثمنه على الشركاء فيه كل بقدر حصته ٠

وقد نصت المادة ٨٤١ مدنى على حالتين تجرى فيهما القسمة بطريق التصفية ٠

الحالة الأولى :

اذا لم يمكن قسمة المال الشائع عينا ، اذ فى هذه الحالة يكون فى القسمة العينية اتلاف للمال الشائع ، كان يكون المال حيوانا أو سيارة أو قطعة من الحلى ٠

الحالة الثانية :

اذا كانت قسمة المال الشائع عينا ممكنة ، ولكن من شانها احداث نقص كبير فى قيمته ٠ كما لو كان المال الشائع قطعة أرض معدة للبناء ولو قسمت لأصبح كل جزء منها صغيرا الى حد لا يسمح بالبناء فيه ٠ أو لا يسمح الا ببناء مبان صغيرة ، أو كان منزلا معدا لسكنى أسرة واحدة ٠

ولقاضى الموضوع سلطة مطلقة فى تقدير ما اذا كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته أو أنه بالعكس لا يمكن قسمته عينا ، فيأمر ببيعه فى المزاد[٥٢] ٠

٩٩ ـ المحكمة المختصة باجراء القسمة بطريق التصفية :

يمكن القول أن الحكم ببيع المال الشائع بالمزاد هو نتيجة دعوى القسمة أو هو القسمة بعينها اذ المراد منه التخلص من الاشتراك وقسمة

---

(٥٢) محمد على عرفة ص ٤٤٠ ونقض فرنسى فى ٢٢ أكتوبر ١٩٤٥ الذى أشار اليه بهامش رقم (١) ٠

الثمن • ومن ثم فان المحكمـــة الجزئية المختصة باجراء القسمة عينا هي المختصة بالحكم ببيع المـال الشائع بالمزاد(٥٣) •

١٠٠ - الحكم ببيع المـال الشائع بالمزاد :

اذا رأت المحكمة الجزئية أن القسمة العينية غير ممكنة ، أو كان من شأنها احداث نقص كبير فى قيمة المـال المراد قسمته ، أصـــدرت حكما باجراء بيع المـال الشائع بالمزاد • وتقف المحكمة فى حكمها عند هذا الحد •

كيفية اجراء البيع :

١٠١ - أولا : بالنسبة للعقار :

أحالت المـادة ٨٤١ مدنى الى قانون المرافعات فى الطريقة التى يباع بها المـال الشائع •

وقد نصت المـادة ٤٦٤ مرافعات على أنه اذا أمرت المحكمة ببيع العقار المملوك على الشيوع لعـدم امكان القسمة بغـير ضرر يجرى بيعـه بطريق المزايدة على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة الجزئية المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء •

وتشتمل قائمة شروط البيع على البيانات الآتية :

١ - تعيين العقار الشائع ببيان وصفه وموقعه ومساحته وحـــدوده وأرقام القطع وأسماء الأحواض ورقمها التى يقع فيها وغير ذلك ممـا يفيد فى تعيينه وذلك بالتطبيق لقانون الشهر العقـــارى (مادتان ٤٠١ ، ٤٦٠ مرافعات) •

٢ - شروط البيع والثمن الأساسى ويكون تحديد هذا الثمن وفقـــا

---

(٥٣) محمـــد كامل مرسى ص ٢٢٥ وما بعـدها - اسـماعيل غانم ص ١٩٣ •

للفقرة الأولى من المادة ٣٧ مرافعات(٥٤) .

٣ - تجزئة العقار الى صفقات اذا اقتضت الحال مع ذكر الثمن الأساسى لكل صفقة .

٤ - بيان سندات الملكية .

٥ - بيان جميع الشركاء وموطن كل منهم .

(م ٤٦٥ مرافعات) .

وترفق بقائمة شروط البيع المستندات الآتية :

١ - شهادة ببيان الضريبة العقارية أو عوائد المبانى المقررة على العقار .

٢ - سندات الملكية .

٣ - صورة من الحكم الصادر باجراء البيع .

٤ - شهادة عقارية عن مدة عشر السنوات السابقة على ايداع القائمة.

(مادتان ٤٦١ ، ٤٦٥ مرافعات) .

ويحدد فى محضر الايداع تاريخ جلسة الاعتراضات وتاريخ جلسة البيع (مادة ٤١٤ مرافعات) .

ويخبر قلم الكتاب بايداع قائمة شروط البيع كلا من الدائنين المرتهنين رهنا حيازيا أو رسميا وأصحاب حقوق الاختصاص والامتياز وجميع الشركاء

---

(٥٤) تنص المادة ١/٣٧ مرافعات (معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) على أن يراعى فى تقدير قيمة الدعوى ما يأتى :

١ - الدعاوى التى يرجع فى تقدير قيمتها الى قيمة العقار يكون تقدير هذه القيمة باعتبار ثلاثمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه اذا كان العقار مبنيا ، فان كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار مائتى مثل من قيمة الضريبة الأصلية .

فاذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته .

فى المـال الشائع ، ويكون لهؤلاء ابداء ما لديهم من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيـع بطريق الاعتراض على القـائمة (مادتان ٤٦٢ ، ٤٦٦ مرافعات) .

١٠٢ ـ احالة الى أحكام قانون المرافعات فى بيان باقى احكام البيع :

لما كان بيع العقار من المسائل التى تدخل فى نطاق أحكام قانون المرافعات ، فاننا نحيل الى أحكام هـذا القانون فى بيان باقى الأحكام التفصيلية للبيع .

وتكتفى هنا بالاشارة الى أمرين :

الأول : ما نصت عليه المـادة ٤٦٨ مرافعـات من أنه : (تطبق على بيع العقار لعدم امكان قسمته وعلى بيعه اختيارا الأحكام المقررة لبيع عقـار المفلس وعديم الأهلية والغائب فيما عدا اخبار النيابة العـامة بايداع قائمة شروط البيع) ، وينبنى على ذلك سريان القواعد المتعلقة باجراءات بيـع العقار بناء على طلب الدائنين المنصوص عليها فى الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث من الباب الثالث ـ الكتاب الثانى ـ من قانون المرافعات وذلك عملا بالمـادة ٤٦٣ التى تقضى بأن : (تطبق على البيوع المشـار اليهـا فى المـادة ٤٥٩([٥٥]) القواعد المتعلقة باجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين المنصوص عليها فى الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث) .

الثانى : أنه يسرى على البيع الأحكام الخاصة بزيادة العشر المنصوص عليها فى المـادة ٤٤٠ مرافعات التى تقضى بأن :

(يجب على من يعتمد القاضى عطاءه أن يودع حال انعقاد الجلسة كامل

([٥٥]) تنص هذه المـادة على أن : (بيـع عقـار المفلس وعقـار عديم الأهلية المـأذون ببيعه وعقار الغائب بطريق المزايدة يجرى بناء على قائمة شروط البيـع التى يودعها قلم كتاب المحكمـة المختصة وكيـل الدائنين أو النائب عن عديم الأهلية أو الغائب) .

الثمن الذى اعتمد والمصاريف ورسوم التسجيل ، وفى هـذه الحـالة تحكم المحكمة بايقاع البيع عليه .

فان لم يودع الثمن كاملا وجب عليه ايداع خمس الثمن على الأقل والا أعيدت المزايدة على ذمته فى نفس الجلسة .

وفى حالة عدم ايداع الثمن كاملا يؤجل البيع .

واذا أودع المزايد الثمن فى الجلسة التالية حكم بايقاع البيع عليه الا اذا تقدم فى هذه الجلسة من يقبل الشراء مع زيادة العشر مصحوبا بكامل الثمن المزاد ، ففى هذه الحالة تعاد المزايدة فى نفس الجلسة على أساس هذا الثمن . فاذا لم يتقدم أحـــد للزيادة بالعشر ولم يقم المزايد الأول بايداع الثمن كاملا وجبت اعادة المزايدة فورا على ذمته ، ولا يعتد فى هذه الجلسة باى عطاء غير مصحوب بكامل قيمته .

ولا يجوز بأى حال من الأحوال أن تشمل قائمة شروط البيـــع على ما يخالف ذلك) .

وقد قضت محكمة النقض بان :

(فى حالة بيع العقار بالمحكمة لتعذر قسمته بين الشركاء يجوز لكل أحد استئناف المزايدة بالتقرير بزيادة العشر سواء أكان من أرباب الديون المسجلة أو من الدائنين بسند واجب التنفيذ أم لم يكن) .

« طعن رقم ١٠٤ لسنة ١٦ ق ـ جلسة ١٩٤٧/١١/٦ »

١٠٣ ـ جواز قصر المزايدة على الشركاء :

الأصل فى المزايدة أن تكون مفتوحة أمام الجميع فيسمح للشركاء فى المـال الشائع وغيرهم بالتقدم فى المزايدة ، غـــير أن المـادة ٨٤١ مدنى تضمنت حكما جديدا حين قررت أنه يجوز ان تقتصر المزايدة عـلى الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع . فيشترط اذن اجماع الشركاء ، فاذا خرج واحد

منهم على هذا الاجماع وجب فتح باب المزايدة للجميع دون أن يقصر على الشركاء(٥٦م) .

وقد يدعو الشركاء الى قصر المزايدة عليهم رغبتهم فى الاحتفاظ بملكية الأسرة خاصة اذا كان المال الشائع قد آل اليهم بطريق الميراث .

فاذا قصرت المزايدة على الشركاء ورست المزايدة على أحدهم ، اعتبر رسو المزاد قسمة بين الشركاء ، وترتب على حكم مرسى المزاد جميع الآثار التى تترتب على حكم القسمة ، وأهمها اعتباره كاشفا لحق الشريك الراسى عليه المزاد لا منشئا له .

أما اذا كان المزاد مفتوحا أمام الشركاء وغير الشركاء ، ورسا المزاد على احد الشركاء اعتبر رسو المزاد قسمة ، أما اذا رسا على أجنبى اعتبر ايضا قسمة فيما بين الشركاء وبيعا فى علاقة الشركاء بالراسى عليه المزاد(٥٧) .

١٠٤ - ثانيا : بالنسبة للمنقول :

لم ينص قانون المرافعات على اجراءات خاصة لبيع المال لعدم امكان قسمته الا اذا كان المال عقارا ، وعلى ذلك اذا كان المال الشائع المراد بيعه لعدم امكان قسمته منقولا وجب اتباع الاجراءات الخاصة ببيع المنقولات التى يوقع الحجز عليها لدى المدين المنصوص عليها فى قانون المرافعات ، فيما عدا

---

(٥٦) وقد اقترح أمام لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اطلاق المزايدة يدخلها الشركاء وغير الشركاء حتى تتحقق مصلحة جميع الشركاء ويمتنع بذلك اتفاقهم على باطل اضرارا بغيرهم من الشركاء أو الدائنين .

ولكن وجه الدكتور السنهورى النظر الى أن من شأن هذا النص ابقاء المال فى العائلة ، أما الدائنون فحقوقهم مكفولة بالمادة التالية (٨٤٢) واضاف أنه ما دام جميع الشركاء قد اتفقوا على بيع المال الشائع بينهم فهم وشانهم ولو كان فى اتفاقهم هذا ضرر بمصلحتهم ما دام لا يمس المصلحة العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١١٧) .

(٥٧) السنهورى ص ٢١٧ - البدراوى ص ١٨٨ وما بعدها - عرفة ص ٤٣٩ .

ما لا يتفق من هذه الاجراءات والغرض المقصود من البيع(٥٨) .

١٠٥ - هل يلزم استئذان المحكمة فى قصر المزايدة على الشركاء اذا كان بينهم غائب أو من هو ناقص الأهلية ؟

اذا قصر الشركاء فى المال الشائع الدخول فى المزايدة عليهم ، وكان بينهم غائب أو من هو ناقص الأهلية ، وجب على النائب عن الغائب أو ناقص الأهلية استئذان المحكمة المختصة (دائرة الأحوال الشخصية للولاية على المال) على قصر المزايدة على الشركاء لأن ذلك لا يعتبر من اعمال الادارة المعتادة ، بل يعتبر اتفاقا بشأن القسمة وهى من أعمال التصرف ، فضلا عن خطورة هذا الاتفاق(٥٩) .

١٠٦ - قسمة الثمن بين الشركاء :

اذا تمت القسمة بطريق التصفية ببيع المال الشائع بالمزاد ، فان الثمن يقسم بين الشركاء بنسبة حصصهم ، ويكون ذلك بناء على دعوى ترفع الى المحكمة الجزئية المختصة .

١٠٧ - هل يلزم تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء المشتاعين اذا كان بينهم غائب أو من هو ناقص الأهلية ؟

يترتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء المشتاعين آثار القسمة ، سواء قصرت المزايدة على الشركاء أو سمح بدخول أجنبى فيجب تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم اذا كان من بين الشركاء غائب أو ناقص الأهلية(٦٠) .

---

(٥٨) السنهورى ص ١٣١٦ هامش (٢) - منصور مصطفى منصور ص ١٩٣ - جميل الشرقاوى ص ١٦١ هامش (٣) .
(٥٩) السنهورى ص ١٢١٧ وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص ١٣٣ - اسماعيل غانم ص ٢٢٥ وما بعدها .
(٦٠) السنهورى ص١٢١٨ هامش(٢) - اسماعيل غانم ص ١٩٣ - =

وقف المحكمة لدعوى القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات :

١٠٨ - النص القانونى :

مادة ٤١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال :

(اذا رفعت دعوى القسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات اذا ثبت لهـا أن فى التعجيل بها ضررا جسيما) ٠

١٠٩ - الدعوى التى يجوز وقفها :

الدعوى التى يجوز وقفها هى دعوى القسمة التى ترفع على القاصر أو المحجور عليه أو الغـائب من وارث آخر ، فالمـادة تتناول حالة الشيوع الناشئة عن الميراث فى أموال بخصوصها ، فلا يطبق الحكم الوارد بالمـادة على القسمة التى تكون نتيجة للتصفية كما هو الشأن فى التركات[٦١] ٠

١١٠ - مبررات وقف دعوى القسمة :

استقى الشارع حكم المـادة (٤١) من القانون المدنى الايطالى وقد أريد منه - على ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للمرســوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ - (دفع كل ضرر جسيم قد يلحق بمصالح المحجور عليه أو الغائب من جراء التعجيل بقسمة المـال الشائع ٠٠٠ فمن المعروض ما تكون فيه قسمة المـال الشائع ضارة كل الضرر بمصالح القاصر كما هو الشأن لو هبطت أثمان العقارات هبـوطا جسيما فى فترة من الفترات وكان مال

= وعكس ذلك محمد على عرفة ص٤٣٧ اذ يذهب الى أنه لا محل للتصديق فى حالة القسمة بطريق التصفية لأن القسمة لا تتم الا بعد التصفية ويكون محلها الثمن الذى يرسو به المـال فى المزاد ، ومن ثم فلا يكون لمن يتضرر من الحكم المذكور الا استئنافه اذا كان قابلا للاستئناف ٠

(٦١) المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ٠

هذا المـال المبيع لعدم امكان القسمة أو البيع بثمن بخس بعد القسمة وكما هو الشأن فى الحالات التى يكون فيها بقاء الشيوع ضمانا لحسن استغلال العين الشائعة بما فى ذلك نصيب القاصر ويتحقق ذلك فى الأراضى الزراعية مثلا عندما يكون شركاء القاصر من المتخصصين فى الزراعة ويكون هو من قطان المدن كما يتحقق فى حالة ما اذا كان القاصر شريكا فى متجر أو فى مصنع يتولى ادارته أحد الشركاء . وغنى عن البيان أن فى النص الجـديد تقييدا لحق الشركاء فى طلب القسمة بيد أن ايراد هذا القيد لا يتنافى مع القواعد العامة المقررة فى القانون المدنى فقد نصت المـادة ٨٣٤ من القانون المدنى على أن لكل شريك أن يطالب بقسمة المـال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق خاص . وما من شك فى أن نص المشروع على تقييد حق الشريك فى طلب قسمة العقار الذى يكون أحد المشتاعين فيه قاصرا أو ناقص أهلية بوجه عام روعى فيه حمـاية مصلحة القـاصر وهى مصلحة أقل من أن تتعارض مع مصـالح الشركاء الباقين ولا سـيما متى لوحظ أن هـذا التقييد مؤقت لا تتجـاوز مدته خمس سنوات) .

١١١ - مدة وقف دعوى القسمة :

لا يجوز للمحكمة التى تنظر دعوى القسمة أن توقف الدعوى أكثر من خمس سنوات ميلادية .

ومدة خمس السنوات يجب أن تقتصر عـلى مدة القصر أو الحجر أو الغيبة . أما اذا بلغ القاصر أو رفع الحجر أو حضر الغائب قبل انتهاء هذه المدة فلا شك فى أن وقف الاجراءات يزول بزوال مقتضاها(٦٢) .

١١٢ - صاحب الحق فى طلب وقف دعوى القسمة :

شرع وقف الدعوى لصالح ناقصى الأهلية والغائب ورعاية لهم ، ومن

---

(٦٢) المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

ثم - كما نصت المادة - يكون طلب وقف الدعوى من النائب عن ناقص الأهلية وللنيابة العامة باعتبارها قائمة على رعاية شئون القصر ·

ومن ثم لا يقبل طلب وقف الدعوى من غير النائب عن ناقص الأهلية أو الغائب أو النيابة العامة ·

١١٣ - القضاء بوقف الدعوى جوازى :

وقف الدعوى جوازى للمحكمة ويخضع لتقديرها ، فاذا رأت أن الوقف فى صالح ناقص الأهلية قضت به ، والا رفضت الطلب ومضت فى نظر دعوى القسمة ·

موضـــوع رقم (٥)
تدخل الدائنين فى القسمة

١١٤ - النص القانونى :

المـادة ٨٤٢ مدنى :

(لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عينا ، أو أن يباع المـال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضـــة الى كل الشركاء ، ويترتب عليها الزامهم بان يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الاجراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة .

أما اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيهـــا أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش) .

١١٥ - مصلحة الدائنين فى المعارضة فى القسمة :

للدائنين مصلحة فى المعارضـــة فى القسمة حتى يقـوم الشركاء فى الشيوع بادخالهم فى اجراءات القسمة ، ذلك للدائنين مصلحة جـــدية فى هذا الادخال ، اذ قد يغبن فيها أحد الشركاء المدينين فيقل ضمان الدائنين ، كما أنه من المتصور أن يتواطأ الشركاء المتقاســـمون اضرارا بدائنيهم أو بدائنى واحد منهم ، ومن الممكن أن يقع هذا الاضرار فى فروض متعددة :

فقد يدعى الشركاء فى تركة أن شريكهم المعسر مدينا لمورثهم توطئة لخصم هذا الدين الصورى من حصته العينية ثم يدفعون اليه الفرق خفيـة لتكملة نصيبه الحقيقى .

أو يكون الشريك المدين قد تصرف فى حصة شائعة أو فى جزء مفرز

من عقار معين ، فيتفق مع الشركاء الآخرين على ايقاع هذا العقار فى نصيب شريك آخر حتى يفوتوا على المشترى غرضه من الصفقة ٠

كما قد يعمد الشركاء أن يقع الجزء المفرز من المال الشائع المرهون للدائن فى نصيب أحد الشركاء الآخرين ، فيتحول الرهن من المال محل الرهن الى مال آخر على غير ارادة ورغبة الدائن المرتهن ٠

كما قد يتفق الشركاء على أن يقع فى نصيب الشريك المدين أموالا غير قابلة للحجز أو سهلة الاخفاء كالنقود والمنقولات والأوراق المالية ٠

وفى حالة البيع بطريق التصفية ، قد يتفق الشركاء على قصر المزايدة عليهم ، رغم أن فى دخول أجنبى المزايدة فرصة لارتفاع الثمن الذى يرسو به المزاد فيرتفع ضمان الدائنين ٠

ولذلك هيأ القانون لدائنى الشركاء ما يمكنهم من منع هذا الاضرار والتواطؤ قبل وقوعه ، وكذلك تفادى نتائجه اذا تمت القسمة منطوية على تواطؤ بقصد الاضرار بالدائن ، لأن هذا الدائن لو ترك لحكم القواعد العامة فانه لا يكون أمامه سوى الطعن فى القسمة بالدعوى البوليصية ، وليس باليسير اثبات شروطها ٠

١١٦ ـ الدائنون الواجب ادخالهم :

الدائنون الذين يجب ادخالهم فى دعوى القسمة هم دائنو كل شريك ، يستوى أن يكون دائن الشريك دائنا شخصيا أو دائنا ذا حق مقيد كالدائن المرتهن رسميا أو حيازيا أو صاحب حق الاختصاص أو الامتياز ٠ وفى الحالة الاخيرة يستوى أن يكون الحق المقيد واقعا على المال الشائع المراد قسمته ، أو واقعا على غيره من أموال الشريك(١) ٠ ويجوز أن يكون حق الدائن مقترنا بأجل أو معلقا على شرط ٠

---

(١) السنهورى ص ١٢٤٢ ٠

انما لا يعتبر دائنـــا من يدعى استحقاق المـال الشائع وليست له مصلحة فى التـــدخل فى القسمة اذ هى غـــير نافذة فى حقـه اذا أثبت استحقاقه .

١١٧ - ادخال الدائنين مقصور على القسمة القضائية :

الرأى السائد(٢) أن ادخال الدائنين فى القسمة عمـــلا بنص الفقرة الأولى من المـادة ٨٤٢ مدنى مقصور على القسمة القضائية ، فلا يترتب على معارضة الدائن الزام الشركاء بادخاله فى القسمة الاتفاقية ، وذلك استنادا الى عبارة النص حيث يحدد المشرع الدائنين الذين يجب على الشركاء ادخالهم بقوة القانون بقوله : (المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة) ، كما أن المذكرة الايضاحية للنص تقول تعليقا على الفقرة الثانية من المـادة (أما اذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين ، أو كانت القسمة عقدا ، فليس للدائنين أن يطعنوا فى القسمة الا بطريق الغش فى الحالة الأولى أو بطريق الدعوى البوليصية فى الحالة الثانية)(٣) .

وعلى ذلك فانه طبقا لهذا الرأى السائد ليس أمام الدائنين اذا تمت القسمه اتفاقا الا أن يطعنوا فى عقد القسمه وفقا للقواعد العـامة بدعوى عدم نفاذ التصرف أى الدعوى البوليصية اذا توافرت شروطها(٤) .

---

(٢) محمـــد كامل مرسى ص ٣٣٣ - محمد عـــلى عرفة ص ٤٤٠ - عبد المنعم البدراوى ص ١٩٠ - جميـــل الشرقاوى ص ١٥٨ - عبد المنعم الصده ص ٣٣٣ ، وان كان ينتقد الحل الذى أخذ به الشارع بقوله : (اذ أن حاجة الدائنين الى الحماية بتخويلهم حق المعارضة ألزم فى القسمة الاتفاقية منها فى القسمة القضائية) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٢٠ .

(٤) عكس ذلك : السنهورى ص ١٢٤٠ وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص ١٩٦ وما بعدها - أحمد سلامة ص ٣٦٨ - محمـد على عمران ص ٣٣٠ هامش (١) - توفيق فرج ص ١٨٨ . ويذهب الدكتور السنهورى الى القول (... ومع ذلك يفهم من المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى =

١١٨ - كيفية معارضة الدائنين فى القسمة :

لم يشترط القانون شكلا معينا فى معارضة الدائنين فى القسمة(٥) . وكل ما اشترطه هو أن توجه المعارضة الى جميع الشركاء بما فيهم الشريك المدين . وبالترتيب على ذلك يكفى أن تصل المعارضة الى علم الشركاء بأى طريق كان .

فيجوز أن تكون باعلان على يد محضر - وهو الأفضل - أو بكتاب

= تهذا النص قصرتدخل الدائنين علىالقسمة القضائية دون القسمةالاتفاقية، اذ ورد فى هذه المذكرة ما يأتى : (أما اذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين ، أو كانت القسمة عقدا . فليس للدائنين أن يطعنوا فى القسمة الا بطريق الغش فى الحالة الأولى ، أو بطريق الدعوى البوليصية فى الحالة الثانية) ولكن ما ورد فى المذكرة الايضاحية فى هذا الشأن ليس من شأنه أن يقيد من اطلاق النص . وقد أضيفت فى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب ، الى آخر الفقرة الأولى ، العبارة الآتية : (ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم فى الاجراءات) ، والعبارة على هذا النحو يمكن أن تنطبق على القسمة الاتفاقية انطباقها على القسمة القضائية ، فبقى النص غير متمخض للقسمة القضائية . ولكن وقع بعد ذلك فى لجنة مجلس الشيوخ أن عدلت - بطريقة عارضة - العبارة المضافة فأصبحت : (ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة) ، وكاد النص بهذا التعديل سيتمخض للقسمة القضائية ولما كانت القسمة القضائية ليست أولى من القسمة الاتفاقية بتدخل الدائنين ، بل لعل القسمة الاتفاقية وهى خالية من ضمانات القسمة القضائية أحوج الى هذا التدخل ، لذلك يحسن التوسع فى تفسير النص بما يجعله شاملا للقسمة القضائية والقسمة الاتفاقية . ويدعى من الدائنين المقيدين ، فى القسمة الاتفاقية ، الدائنون المقيدون قبل ابرام هذه القسمة ، قياسا على دعوة الدائنين المقيدين قبل رفع دعوى القسمة فى حالة القسمة القضائية . وليس فى مبادىء تفسير النصوص التشريعية ما يمنع من هذا التوسع ، ما دامت حكمة تدخل الدائنين فى القسمة القضائية متوافرة تماما ، بل هى أكثر توافرا فى القسمة الاتفاقية كما قدمنا هذا الى أن نص المادة ٨٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى ، وهو النص الذى استقى منه نص المادة ٨٤٢ من التقنين المدنى المصرى لا خلاف فى انطباقه على كل من القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية) .

(٥) كامل مرسى ص ٢٣٢ - محمد على عرفة ص ٤٤٠ - منصور مصطفى منصور ص ١٩٥ .

مسجل مصحوب بعلم الوصول ، أو بكتاب مسجل ، أو بكتاب عادى الى كل من الشركاء ، يبدى فيه الدائن معارضته فى اجراء القسمة فى غير حضوره . كما يجوز أن تكون المعارضة شفهية ، ولكن الدائن يلتزم فى هذه الحالة بتحمل اثبات معارضته .

وتعتبر معارضة كافية أن يحصل الدائن من مدينه أو من أى شريك آخر على وعد بألا تجرى قسمه المال الشائع بدون تدخل الدائن ، بشرط أن يعلن الدائن هذا الوعد الى جميع الشركاء(٦) .

ولا يكفى مجرد علم الشركاء بدائن شريكهم ، ولكن اذا تعهد المدينون الشركاء لدائنهم فى عقد المديونية ، بأن يدعوه للتدخل فى قسمة المال الشائع قام هذا التعهد مقام المعارضة بالنسبة الى هؤلاء الشركاء(٧) .

واذا وجهت المعارضة الى بعض الشركاء دون البعض ، لم يكن لها أثر بالنسبة الى الشركاء الذين وجهت اليهم المعارضة لأن القسمة لا تتجزأ .

ومعارضة الدائنين عمل من الأعمال التحفظية فيكفى أن تتوافر فى الدائن أهلية القيام بأعمال الادارة واذا لم يعارض الدائن فى القسمة على نحو ما تقدم ، فانه يجوز له بعد رفع دعوى القسمة أن يتدخل فى الدعوى منضما الى مدينه(٨) . ويكون التدخل بالطريق الذى رسمته المادة ٢٦ مرافعات التى تجرى على أن :

(يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى .

ويكون التدخل بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو

---

(٦) السنهورى ص ١٢٤٣ هامش (١) .
(٧) السنهورى ص ١٢٤٣ هامش (١) .
(٨) الصدة ص ٢٣٢ ـ منصور مصطفى منصور ص ١٩٥ .

بطلب يقدم شفاها فى الجلسة فى حضورهم ويثبت فى محضرها ولا يقبل التدخل بعد اقفال باب المرافعة(٩) .

١١٩ - ميعاد المعارضة :

لم يحدد القانون ميعادا لمعارضة الدائنين فى القسمة القضائية ، ومن ثم فانه يجوز أن تتم هذه المعارضة بمجرد علم الدائن بأن للمدين حصة فى مال شائع ، ويستمر حق الدائن فى المعارضة قائما حتى تصدر المحكمة حكما فى دعوى القسمة أى باعطاء كل شريك نصيبه المفرز الذى اختص به فى القسمة ، أو بتقسيم الثمن الذى بيع به المال الشائع على الشركاء .

أما اذا صدر الحكم فى دعوى القسمة فانه لا يجوز للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش(١٠) .

١٢٠ - أثر معارضة الدائنين فى القسمة :

اذا عارض الدائنون فى القسمة على النحو السالف ، وجب على الشركاء فى المال الشائع ادخال من عارض منهم فى جميع اجراءات القسمة ، سواء أكانت القسمة عينية أم بطريق التصفية .

١٢١ - ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ولو لم يعارضوا فى القسمة :

---

(٩) ويذهب الدكتور السنهورى وهو من أنصار الرأى القائل بايجاب ادخال الدائنين فى القسمة الاتفاقية - أن التدخل فى القسمة الاتفاقية يكون بأن (يتقدم الدائن الى الشركاء متدخلا فى القسمة ، طالبا مثلا أن يراقب أعمال الخبير الذى قد يكون الشركاء عينوه لاجراء القسمة ، أو أن يتابع مراحل المفاوضات فيما بين الشركاء الى أن يبرموا عقد القسمة ، أو أن يتثبت فيما اذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع بالمزاد من أنه حصل اعلان كاف عن البيع ومن أن اجراءات البيع سليمة وما الى ذلك) ص ١٢٤٥ .

(١٠) محمد كامل مرسى ص ٢٣٢ - عرفة ص ٤٤٢ .

نصت المادة ١/٨٤٢ مدنى على أن : (ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة) .

فيجب على الشركاء ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة سواء عارضوا فى القسمة أم لم يعارضوا ، فدعوتهم واجبة فى كل الاحوال .

وهؤلاء هم الدائنون الذين تقرر لهم حق عينى تبعى على حصة مدينهم الشائعة فى العقار ، وتم قيد حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ، ويدخل فيهم الدائن الذى تقرر له رهن على جزء مفرز من العقار الشائع ، اذا توصل الى قيد حقه(١١) .

ومثل هؤلاء الدائن المرتهن رهنا رسميا أو حيازيا أو صاحب حق الاختصاص أو الامتياز على المال الشائع .

وقد أضيفت العبارة السابقة التى أتت بهذا الحكم الى عجز الفقرة الأولى من المادة ٨٤٢ بلجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب وذلك - على ما أفصح عنه تقرير اللجنة - (حفظا لحقوق الدائنين المسجلين حتى لا تتم قسمة المال الشائع فى غيبتهم)(١٢) .

واقتصر النص على ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل القسمة لأنه يمكن معرفتهم عند رفع الدعوى ، ولتفادى اجراءات القسمة للبطلان اذا لم يدخل الشركاء دائنين مقيدين مع أن ديونهم لم تقيد الا خلال الاجراءات أو عندما تشرف على النهاية .

ومع ذلك فلا ضرر على هؤلاء الدائنين لأن لهم الحق دائما فى التدخل فى الاجراءات من تلقاء انفسهم . وعلى ذلك فالقانون لا يلزم الشركاء فى المال

---

(١١) الصدة ص ٢٤٢ وما بعدها .
(١٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٢١ .

الشائع بادخال هؤلاء الدائنين فى القسمة(١٣) .

ويرى الفقه – بحق – قيـــاس حالة المتصرف اليه في جزء مفرز من العقار الشائع اذا كان قد سجل عقده قبـــل رفع دعوى القسمة على حال الدائن صاحب الحق المقيد قبل رفع الدعوى من حيث وجـــوب ادخاله فى دعوى القسمة باعتباره دائنا للشريك(١٤) .

١٢٢ – اثر ادخال الدائنين فى دعوى القسمة :

اذا أدخل الشركاء فى المال الشائع الدائنين فى دعـوى القسمة أو تدخلوا هم فيها ، كان الدائنون طرفا فى جميع اجراءات القسمة ، فلا يجوز مباشرة اجراءات دعوى القسمة بعد ادخالهم أو تدخلهم الا فى مواجهتهم .

ويكون دور الدائنين فى الدعوى هو أن يطلبوا سير اجراءاتهـــا فى الطريق السوى ، فيتلافى الدائنون ما يلحق بمدينهم من غبن ، أو حدوث تواطؤ بين الشريك المدين وباقى الشركاء على الاضرار بهم على النحو الذى أوضحناه سلفا . فلهم مثلا أن يطلبوا أن تكون الحصص متساوية فى قيمتها أو أن يعطى كل شريك نصيبه بطريق الاقتراع لا بطريق التجنيب غير أنه لا يجوز للدائن توجيه اجراءات القسمة وفق مصلحته . فلا يجوز له بيـــع المـال فى المزاد بدلا من قسمته عينا اذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر يلحق بقيمة المـال الشائع ، أو يطلب أن يختص مدينه بكامل حصته عينا .

ولا يجوز له منع مدينه من التصرف فى حصته أو ترتيب حقوق عينية عليها لأن المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يجعـــل حصـــة الشريك

---

(١٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٢٢ .

(١٤) السنهورى ص ١٢٤٥ – منصور مصطفى منصـــور ص ١٩٦ – جميل الشرقاوى ص ١٥٧ – عبد المنعم الصدة ص ٢٣٣ وما بعدها .

المدين غير قابلة للتصرف فيها ، مع احتفاظ الدائن بحقه فى رفع الدعوى البوليصية ٠

أما اذا حصلت القسمة بطريق التصفية ، فللدائن أن يطلب قبول الأجانب فى المزايدة ، حتى لو اتفق الشركاء جميعا على قصرها عليهم ، ذلك أن الحكمة من ادخال الدائنين هى الحيلولة دون تواطؤ الشركاء للاضرار بحقوقهم ٠ فاذا أبيح للشركاء الاتفاق على استبعاد الأجانب من المزايدة سهل لهم ذلك سبيل التواطؤ الذى عمل الشارع على حمايتهم منه ، فليس عسيرا على الشركاء فى مثل هذه الحالة أن يتفقوا على جعل المزايدة صورية بحتة حتى يرسو المزاد على أحدهم بأبخس الأثمان ، ثم يسوون علاقتهم فيما بينهم بعد ذلك من وراء ظهور الدائنين(١٥) ٠

ويذهب رأى فى الفقه الى أن معارضة الدائنين تعتبر بمثابة حجز ما لمدينهم لدى الغير ، فاذا تمخضت القسمة عن وقوع دين مستحق فى ذمة الغير ، أو معدل نقدى مستحق على أحد الشركاء فى حصة مدينهم ، فلا يجوز الوفاء بالدين أو بالمعدل لهذا الشريك ، بل يتعين الوفاء به للدائنين المعارضين ، وأن القول بغير ذلك يؤدى الى اهدار الحماية التى أسبغها القانون على هؤلاء المدينين(١٦) ، واستطرد بعض أنصار هذا الرأى أن المادة ٥٥٨ من القانون المختلط كانت تنص على ذلك ، فقد جاء فيها : (المعارضة الحاصلة منهم « أى من أرباب الديون على الشركة أو من أرباب الديون التى

---

(١٥) عرفة ص ٤٤١ ـ السنهورى ص ١٢٤٥ وما بعدها ـ وقد ذهب الدكتور السنهورى ـ وهو من القائلين بوجوب تدخل الدائنين فى القسمة الاتفاقية ـ الى أنه لا يجوز للدائنين أن يطلبوا أن تكون القسمة قضائية اذا اتفق الأطراف على اجراء قسمة اتفاقية ٠

(١٦) محمد كامل مرسى ص ٢٣٢ وما بعدها ، ونقض فرنسى ١٠ يونيه ١٩٠٢ المشار اليه بالمؤلف السابق ص ٢٣٣ هامش (١) ـ محمد على عرفة ص ٤٤١ وما بعدها ٠

على أحد المتقاسمين ، تحت يد المتقاسمين الآخرين تعتبر بمثابة حجز ما للمدين لدى الغير) .

ويؤخذ على هذا الرأى أنه يرتب على معارضة الدائنين أثرا لم ينص عليه القانون لا سيما وانه لا يطلب فيها اتخاذ اجراءات الحجز[١٧] .

كما يلاحظ أن هذا الرأى قد يبرره فى فرنسا أنه ليس لدائن الشريك أن يحجز على حصته الشائعة (م ٢٢٠٥ مدنى فرنسى) ، فهو لا يستطيع أن يحجز الا بعد القسمة ، وقد يأتى هذا الحجز بعد أن يكون الشريك قد استوفى فعلا الدين أو المعدل النقدى بمجرد تمام القسمة ، فلا يكون لهذا الحجز أثر . لذلك دعت الحاجة فى فرنسا الى اعتبار المعارضة بمثابة حجز ما للمدين لدى الغير حماية للدائن[١٨] .

ولكن ليس لهؤلاء الدائنين الاعتراض على القسمة بعد الحكم فى الدعوى ، ولا يجوز لهم بوجه خاص أن يطعنوا عليها بالدعوى البوليصية ، فقد حل تدخلهم محل الدعوى[١٩] .

ويتحمل الدائنون وحدهم نفقات معارضتهم ونفقات تدخلهم[٢٠] .

١٢٣ - جزاء عدم ادخال الدائنين المعارضين أو المقيدة حقوقهم فى دعوى القسمة :

اذا عارض الدائنون فى القسمة ، أو كان لهم حق مقيد قبل رفع دعوى القسمة ، ومع ذلك لم يقم الشركاء فى المال الشائع بادخالهم فى دعوى القسمة ، ولم يكن هم قد تدخلوا فيها ، فقد نصت المادة ١/٨٤٢ مدنى على الجزاء المترتب على ذلك بقولها : (وتوجه المعارضة الى الشركاء ويترتب عليها

---

(١٧) عبد المنعم الصدة ص ٢٣٢ هامش (١) .
(١٨) اسماعيل غانم ص ١٩٦ الهامش .
(١٩) السنهورى ص ١٢٤٧ .
(٢٠) السنهورى ص ١٢٤٦ .

الزامهم أن يتدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الاجراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم) .

فيترتب على عدم ادخال هؤلاء الدائنين اذن عدم نفاذ القسمة فى حقهم ، ولا يلزم لعدم نفاذ القسمة فى حقهم اثبات تواطؤ الشركاء ، فالقانون اذ الزم الشركاء ادخالهم فى جميع الاجراءات فقد افترض هذا التواطؤ ، فلا يقبل من الشركاء اثبات عكس هذه القرينة القاطعة(٢١) .

ويترتب على عدم نفاذ القسمة فى حق الدائنين أن يعود المال الى الشيوع بالنسبة للدائنين ، ومن ثم يجوز طلب قسمة المال من جديد من أى من الشركاء لتكون القسمة نافذة فى حق الدائنين .

كما يجوز للدائن أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه بطريق الدعوى المباشرة(٢٢) .

غير انه يجب لثبوت الحق للدائنين فى عدم نفاذ القسمة فى حقهم ، أن يثبت الدائنون أن القسمة بالشكل التى تمت به قد عادت عليهم بالضرر ، اذ فى غير حالة توافر هذا الضرر لن يكون لهم مصلحة فى التمسك بعدم نفاذ القسمة فى حقهم(٢٣) .

ومن ناحية اخرى فانه يحق للدائن أن يعتبر عدم ادخال الشركاء له فى القسمه خطا تقصيريا يخول له أن يطالبهم متضامنين بتعويض الضرر الذى لحقه ، ويكون لهؤلاء ان يتحاشوا الرجوع عليهم بهذه الدعوى اذا هم

---

(٢١) السنهورى ص ١٢٤٨ - كامل مرسى ص ٢٣٢ - البدراوى ص ١٨٦ - جميل الشرقاوى ص ١٥٧ - أحمد سلامة ص ٢٧٠ وما بعدها - ويذهب رأى الى انه يجوز للدائنين الذين أغفل ادخالهم أن يطلبوا إبطال القسمة (محمد على عرفة ص ٤٤٢ - محمد كامل مرسى ص ٢٣٢) .

(٢٢) السنهورى ص ١٢٤٨ .

(٢٣) السنهورى ص ١٢٤٨ - أحمد سلامة ص ٣٧١ .

أوفوا لهذا الدائن حقه ثم يرجع الموفى أو الموفون على زميلهم المدين(٢٤) .

١٢٤ - أثر عدم تدخل الدائنين فى دعوى القسمة لعدم معارضتهم أو بعد معارضتهم ودعوتهم الى التدخل :

اذا لم يتدخل الدائنون فى دعوى القسمة ، لعدم اعتراضهم عليها أو لعدم وجود حق مقيد لهم قبل رفع الدعوى ، أو اعترض الدائنون على القسمة ودعاهم الشركاء الى التدخل فى الدعوى ، ولكنهم لم يتدخلوا ، فان القسمة تكون نافذة فى حقهم وليس لهم أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش .

وعلى هذا تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٢ مدنى بقولها : (أما اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش) .

وذلك أن الشركاء لا ذنب لهم فى هذه الصورة فى عدم تدخل الدائنين فى القسمة ، ويكون النقيض من جانب الدائنين فلا يجوز لهم الافادة من الجزاء الذى يقرره القانون ، بمعنى أن القسمة تسرى قبلهم فلا يكون لهم الاعتراض عليها الا فى حالة الغش(٢٥) .

ومفهوم ذلك هو الرجوع الى القواعد العامة الخاصة بحماية الدائنين من تصرفات مدينهم الضارة بحقوقهم . ومن مقتضى ذلك أنه يشترط لقبول دعوى عدم نفاذ القسمة التى تمت فى حق الدائنين الذين لم يتدخلوا فيها ان تتوافر شروط قبول الدعوى البوليصية ، وأخصها اعسار الشريك المدين، واثبات التواطؤ بينه وبين الشركاء على الاضرار بدائنيه (م ٢٣٨) ، انما يكفى لاثبات هذا التواطؤ التدليسى أن تكون القسمة قد تمت باجراءات سريعة ، بحيث يفترض لفرط سرعتها تواطؤ الشركاء فيما بينهم

---

(٢٤) أحمد سلامة ص ٣٧١ - السنهورى ص ١٢٤٨

(٢٥) توفيق فرج ص ١٨٩ وما بعدها .

على الانتهاء من القسمة قبل أن يتمكن الدائنون من المعارضة فيها(٢٦) .

كما يجوز للدائن أن يطعن فى الحكم النهائى الصادر بالقسمة بطريق التماس اعادة النظر ، عملا بالمادة ٨/٢٤١ مرافعات التى تنص على أن : (للخصوم أن يلتمسوا اعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية فى الأحوال الآتية : . .

لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط اثبات غش من كان يمثله او تواطؤه أو اهماله الجسيم) ويكفى فى هذه الدعوى أن يثبت الدائن غش المدين او اهماله الجسيم .

١٢٥ - متى يجوز الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر فى دعوى القسمة ؟

نصت المادة ٤٣ مرافعات (معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) على أن : (تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا اذا لم تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه فيما يلى : دعاوى قسمة المال الشائع) .

وبالترتيب على ذلك فان الحكم الصادر فى دعوى القسمة يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف اذا زادت قيمة الدعوى على خمسمائة جنيه .

وتقدر قيمة الدعوى بقيمة المال الشائع محل القسمة ، فاذا كان المال الشائع عقارا قدرت قيمته طبقا لنص المادة ٣٧ بند (١) مرافعات (معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) ، التى تقضى بان : (يراعى فى تقدير قيمة الدعوى ما يأتى :

١ - الدعاوى التى يرجع فى تقدير قيمتها الى قيمة العقار ، يكون

---

(٢٦) عرفة ص ٤٤٢ وما بعدها - نقض فرنسى ٢٧ يناير ١٩٠٧ ، ١٩٣٥/٦/٢٥ ، ١٩٣٧/٤/٢٤ المشار اليها بهامش رقم (١) بذات الصحيفة من المؤلف المذكور .

تقدير هذه القيمة باعتبار ثلاثمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه اذا كان العقار مبنيا ، فان كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار مائتى مثل من قيمة الضريبة الأصلية .

فاذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبه قدرت المحكمة قيمته) .

وعلى ذلك لا يعتد بالقيمة التى قدرها المدعى للعقار فى صحيفة دعوى القسمة ، اذا كانت مخالفة للتقدير سالف الذكر .

١٢٦ - المحكمة المختصة بنظر الاستئناف :

تختص بنظر استئناف الأحكام الصادرة ابتدائيا فى دعاوى القسمة من المحكمة الجزئية ، المحكمة الابتدائية (بهيئة استئنافية) أيا كانت قيمة الدعوى)(٢٧) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(الطعن استئنافيا فى أحكام محاكم المواد الجزئية الصادرة ابتدائيا

---

(٢٧) وقد قضى بشأن رسوم استئناف الحكم الصادر فى دعوى القسمة بأن : (متى كان الثابت أن المحكوم عليه قد استأنف الحكم الصادر بفرز وتجنيب حصه بعض شركائه فى الارض الشائعه بينهم وقضى برفض استئنافه وتأييد الحكم المستأنف مع الزامه بمصاريف استئنافه وأن قلم الكتاب قد سوى الرسوم المستحقه على الدعوى الاستئنافية على أساس قيمه ما قضى به ابتدائيا فان الحكم الصادر فى المعارضة فى أمر تقدير الرسوم بالغاء القائمة تأسيسا على أن المستأنف لا يلزم من الرسوم بأكثر مما دفعه وأنه لا تستحق رسوم جديدة الا فى حالة الحكم له بطلباته كلها أو بعضها فان الحكم يكون قد خالف القانون ذلك لأن الحكم الصادر بالتأييد هو فى الواقع وبمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بمثابة حكم جديد بالحق الذى رفع عنه الاستئناف - ولا يغير من ذلك أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى قد ألزم خصوم المستأنف المصروفات ولم يلزمه هو بشىء منها لأن الرسوم موضوع المعارضة ليست رسوم الدعوى الابتدائية بل هى الرسوم المستحقة على القضية الاستئنافية التى ألزم المستأنف فيها بمصاريف استئنافه) .

« طعن رقم ٥٤ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١٩٥٧/٦/٦ »

في دعاوى القسمة • انعقاده للمحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية أيا كانت قيمة الدعوى) •

« طعن رقم ٤٣٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٤ »

١٢٧ - عدم جواز الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من محكمة الدرجة الثانية فى دعاوى القسمة :

تنص المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات على أن :

(للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف فى الأحوال الآتية :

١ - اذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله •

٢ - اذا وقع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم) •

وواضح من هذه المادة أن الأحكام التى تقبل الطعن فيها بطريق النقض وهو طريق غير عادى للطعن ، هى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف (العالى) ، أما الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية (بهيئة استئنافيا) فلا تقبل الطعن فيها بطريق النقض • وبالترتيب على ذلك فانه لا يجوز الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الثانية فى دعاوى القسمة •

انما يستثنى من هذا الأصل أن يكون الحكم قد فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى ، وذلك عملا بالمادة ٢٤٩ مرافعات التى تقضى بأن :

(للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى - أيا كانت المحكمة التى أصدرته - فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى) •

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ — (اذا كان الحكم المطعون فيه صادرا من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية وكان لا يجوز وفقا لنص المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات الطعن بالنقض فى هذا الحكم الا اذا كان قد فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق ان صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى ... الخ) •

« طعن رقم ١١٢٣ لسنة ٤٨ ق — جلسة ١٩٧٩/٣/١٠ »

٢ — (تجيز المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى أيا كانت المحكمة التى أصدرته فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى ، وقد جاء النص عاما مطلقا بشأن كل حكم انتهائى صدر على خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم أنفسهم حاز قوة الأمر المقضى أيا كانت المحكمة التى صدر منها الحكم المطعون فيه ... الخ) •

« طعن رقم ٢٥٥٥ لسنة ٥٢ ق — جلسة ١٩٨٤/٣/٧ »

٣ — (لا يجوز وفقا للمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — الطعن بالنقض فى الحكم الصادر من محكمة ابتدائيه بهيئة استئنافية الا اذا كان قد فصل فى النزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الامر المقضى) •

« طعن رقم ١٢٧٤ لسنة ٥٠ ق — جلسة ١٩٨٤/٥/٩ »

١٢٨ — حجية الحكم الصادر فى دعوى القسمة :

الحكم الصادر فى دعوى القسمة ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم •

ولا حجية له على الشركاء الذين لم يكونوا ممثلين فى دعوى القسمة •

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ — (حكم القسمة — أيا كان الرأى فى تكييفه — ملزم للشركاء

المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسـمة بما حدده من نصيب لكل منهم) .

« طعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ »

٢ - (حـكم القسمة . ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم) .

« طعن رقم ١٩٤٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٧/٣/٣١ »

٣ - (حـكم القسمة . حجيته . ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما فصل فيه) .

« طعن رقم ١٢٣٥ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٤ »

موضـــوع رقم (٦)

آثار القسمة الاتفاقية والقضائية

١٢٩ - تمهيد :

يترتب على القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية عدة آثار تتخلص فيما يأتي :

١ - افراز المال الشائع ، حيث يختص كل شريك بملكية حصة مفرزة من المال الشائع ·

وهذا الأثر هو الأثر الجوهرى للقسمة ·

٢ - ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع لأى منهم من تعرض أو استحقاق فى حصته المفرزة لسبب سابق على القسمة ·

٣ - التزام المتقاسم بدفع المعدل فى حالة ما اذا كانت القسمة العينية بمعدل ·

٤ - التزام الراسى عليه مزاد المال الشائع بدفع الثمن الذى رسا به المزاد ·

٥ - امتياز المتقاسم ، وهو مقرر لكل متقاسم على المال محل القسمة مثل غيره من المتقاسمين تامينا لاستيفاء ما تقرر لكل منهم من معدل أو من نصيب فى الثمن الذى رسا به المزاد أو من تعويض بسبب استحقاق الجزء الذى اختص به ·

وسنعرض هنا للافراز وضمان الاستحقاق ، أما الالتزام بدفع المعدل أو الثمن الذى رسا به المزاد فليس فى أيهما ما يستحق دراسة خاصة بل يخضع لأحكام الالتزامات بوجه عام ·

أما امتياز المتقاسم فيدرس عادة عند دراسة حقوق الامتياز فى مؤلفات التامينات ·

أولا : الافراز

١٣٠ - المقصود بالافراز :

الافراز هو الأثر الجوهرى للقسمة ، وهو الذى يهدف اليه المتقاسمون ، ويعنى ان يستقل الشريك بملكية الجزء الذى يختص به فى القسمة · بمعنى أن يصبح مالكا لهذا الجزء ملكية مفرزة · واذا كان الجزء الذى يختص به الشريك عقارا فيجب وفقا للمادة العاشرة من قانون الشهر العقارى - كما سنرى - أن تسجل القسمة ويترتب على عدم التسجيل الا يحتج بأثر القسمة - وهو تملك المتقاسم للعقار ملكية مفرزة - على الغير اما فيما بين المتقاسمين فيترتب على القسمة أثرها دون حاجة الى تسجيل(١) ·

١٣١ - الأثر الكاشف والاثر الرجعى للقسمة :

نصت المادة ٨٤٣ مدنى على ان : (يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك شيئا فى بقية الحصص)(٢) ·

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تعليقا على هذا النص أن:

(القسمة سواء كانت عقدا أو قسمة قضائية ، وسواء كانت القسمة القضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية يترتب عليها أثران :

(أ) يكون لها أثر رجعى ، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٠١ ·

(٢) وقد ازال هذا النص التناقض بين التقنين الأهلى والمختلط فقد كانت المادة ٥٥٥ من التقنين المختلط تنص على أن القسمة منشئة كالبيع ، أسوة بما قررته الشريعة الاسلامية ، والقانون الرومانى ، ومع ذلك لم تتقيد المحاكم المختلطة بهذا النص ، بل سارت فى جميع أحكامها على اعتبار القسمة كاشفة للحقوق ، وهو الحكم السائد فى سائر التشريعات (محمد على عرفة ص ٤٤٣) ·

اليه منذ ان تملك فى الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص ... ومن أجل هذا يقال عادة أن القسمة مقررة أو كاشفة للحق) .

وواضح أنه قد ورد فى هذا القول تعبيران : الأثر الرجعى والأثر الكاشف ، والتعبيران غير مترادفين ، فالتصرف الكاشف معناه ذلك التصرف الذى يقرر وضعا قانونيا قائما من قبل دون أن يعدل فيه وهذا المعنى يفيد أن القسمة لا تعطى (لا تنشىء) المتقاسم حقا جديدا بل تكشف عن حق ثابت له من قبل فالحق الذى كان له أثناء الشيوع هو الذى انتقل اليه بالقسمة . لأن حق الشريك المشتاع وان كان محددا تحديدا معنويا بحصته الشائعة الا أنه يرد من الناحية المادية على الشىء الشائع كله ، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هى تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك ، وذلك بافراز جزء من الشىء الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصا تاما . والقسمة اذ تحقق هذا التطابق انما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوع ، فهى لا تخول الشريك سندا جديدا ، وانما سند حق الشريك هو السند الأصلى للملكية الشائعة وهى لا تخول الشريك حقا جديدا ، بل يقتصر أمرها على التغيير فى حق الشريك بحيث يتحقق هذا التطابق ، والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة لأنه مستمد من طبيعة القسمة ، والأثر الرجعى يفيد أن ما آل الى الشريك بالقسمة يعتبر قد آل اليه منذ أن تملك فى الشيوع وأن ما لم يؤل اليه يعتبر كأنه لم يكن مملوكا له فى يوم من الأيام . فيفترض اذن بمقتضى الأثر الرجعى أن كل وارث مثلا قد ملك نصيبه المقرر فى التركة منذ موت مورثه ، ويترتب على ذلك محو مرحلة الشيوع التى أعقبت موت المورث وبقيت الى أن تمت القسمة ، وهى مرحلة قد تطول سنين عديدة ، ومع ذلك يتجاهلها الأثر الرجعى ويعتبرها كأنها لم تكن ، رغم أن مرحلة الشيوع هذه قد وجدت وخلفت آثارا لا يجوز تجاهلها ، منها أن ما قبضه الورثة من الثمار فى أثناء الشيوع لا يجب رده ولو أعمل الأثر الرجعى لوجب ردها ولوجب ان يستولى كل وارث على ثمار نصيبه المفرز منذ موت

مورثه ، ومنها أن التركة ينظر اليها وقت القسمة لا وقت موت المورث ، بما دخل فيها وبما خرج منها من أموال ، ويعتد بقيمة المال وقت القسمة لا وقت موت المورث .

ويسلم مجموع الفقه فى مصر بأن للقسمة أثرا كاشفا ولكنه ينتقد النص على أن لها أثرا رجعيا ، ويرى أن الأثر الكاشف هو من طبيعة القسمة وأن الأثر الرجعى افتراض قانونى ، ويرتب على ذلك أنه اذا كان الأثر الكاشف لا يتضمن أى افتراض مخالف للحقيقة وأنه مما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها فلا محل للتضييق فى تطبيقه ، وانه لما كان الأثر الرجعى مجرد افتراض لا يطابق الواقع فانه يجب أن يعمل فقط فى حدود الحكمة التى املته وهى حماية المتقاسمين[٣] .

فالأثر الكاشف عندهم يكفى للوصول إلى أهم نتيجة يقصد اليها من القول بالأثر الرجعى ، وهى ان يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الصادرة فى أثناء الشيوع ، فما دامت القسمة لها اثر كاشف ، فهى تكشف عن حق المتقاسم فى نصيبه المفرز ، وعن ان هذا الحق كان موجودا قبل القسمة وفى أثناء الشيوع ، وانه هو نفسه الذى آل الى المتقاسم بالقسمة فيؤول خاليا من تصرفات شركائه ومحملا بتصرفاته هو ، ولا حاجة بعد ذلك الى الأثر الرجعى[٤] .

---

(٣) أحمد سلامة ص ٣٩٩ وما بعدها ـ عبد المنعم الصدة ص ٢٣٧ ، ٢٤٨ وما بعدها ـ محمد كامل مرسى ص ٢٣٧ ـ جميل الشرقاوى ص ١٦٤ ـ أنظر أيضا فى عرض هذا الرأى السنهورى ص ١٢٦٠ وما بعدها .

(٤) ويعارض البعض فى فكرة النطاق المعنوى والنطاق المادى لحق الشريك فى الشيوع ، فيذهب الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٢١٣ وما بعدها قائلا بعد عرض هذه الفكرة (هذه هى فكرة من عرضنا لهم من المحدثين ، وهى تبدو لنا غير مقبولة فاذا كان من الواضح أن المقصود بالنطاق المادى لحق الشريك هو الشىء الشائع نفسه الذى يعتبر كله محلا للحق ، فما هو المقصود بالنطاق المعنوى ؟ لا شك أن المقصود هو ما يرمز له بنسبة حسابية كالثلث مثلا ، ولكن ثلث ماذا ؟ يبدو أن هذا لا يمكن الا أن يتعلق بمضمون الحق ، وعلى هذا النحو يمكن وصف حق الشريك أثناء الشيوع بأن محله هو الشىء المادى كله ، ولكن مضمونه هو ثلث مضمون حق =

= الملكية المفرزة • وعلى ذلك لانستطيع أن نفهم ما يقال من أن القسمة تحقق التطابق بين النطاق المادى والنطاق المعنوى ، أو العبارات الأخرى التى أشرنا اليها ، الا على تعنى أنها تعطى الشريك الذى له الثلث مثلا حقا له كل مضمون الملكية المفرزة على ثلث الشيء بعد أن كان له حق يخول ثلث مضمون الملكية المفرزة على الشيء كله • ولا يمكن بعد هذا أن نقول بأن القسمة قد أبقت على الحق ذاته بعد أن حددته ، لأن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبلها سواء من حيث المحل ومن حيث المضمون ، فقبل القسمة كان له حق محله كل الشيء ومضمونه جزء من مضمون الملكيه المادية ، وبعد القسمة أصبح له حق محله جزء من الشيء ومضمونه هو كل مضمون الملكية المادية (أى المفرزة) وهو ما يكفى فى تقديرنا للقول أن القسمة تعطى للشريك حقا آخر غير الحق الذى كان له أثناء الشيوع • وبهذا ننتهى الى رفض ما عبروا عنه بالأثر الكاشف ولم يهدفوا من ورائه الا نفى الأثر الناقل ونضيف أخيرا ، تأييدا لموقفنا ، أن ثمة سؤالا لا نجد له اجابة فى ظل رأى الشراح الذين نعرض لهم ، فقد كان للشريك على الأجزاء التى لم تقع فى نصيبه حق مماثل لحقه الذى كان قائما على ما وقع فى نصيبه ؟ فأين ذهب هذا الحق ؟

الواقع أن الحاجة الى الاجابة على هذا السؤال فى غاية الأهمية ، اذ أن معرفة مصير ما كان للشريك من حق على الأجزاء التى لم تقع فى نصيبه هى التى تمكن من معرفة مصير ما كان الشريك قد رتبه على هذا الحق من حقوق للغير كالرهن أو الانتفاع •

وفى تقديرنا أن قصور نظرية الأثر الكاشف ، عند من نعرض لهم من الفقهاء ، يدل على عدم صحة ما ذهبوا اليه من ان هذه النظرية تغنى عن الأثر الرجعى للقسمة للوصول الى حصول كل متقاسم على الجزء المفرز الذى يختص به خالصا من آثار تصرفات غيره • ولبيان هذا يجب أولا أن نحدد تصرفات الشريك الذى يراد حماية غيره من آثارها ، وهى فيما نرى التصرفات التى ترد على حق الشريك الشائع بانشاء حق للغير عليه كالرهن أو الانتفاع • ولما كان تصرف الشريك فى حقه الشائع ، على هذا النحو ، تصرف صحيح لصدوره فيما يملكه الشريك فيترتب عليه نشوء الحق العينى ولا يمكن أن يقال أنه غير نافذ بالنسبة لباقى الشركاء ، وبالتالى لا تفيد نظرية الأثر الكاشف التى نعرض لها فى تخليص المال الذى ورد التصرف على حصة منه من حق الغير اذا ما وقع هذا المال فى نصيب متقاسم غير المتصرف ، لأن هذه النظرية لا تستقيم الا اذا سلمنا ابتداء أن تصرف الشريك كان غير نافذ قبل القسمة فى حق غير المتصرف من الشركاء • اما وفقا للأثر الرجعى للقسمة فيمكن القول ، وان كان هذا على سبيل المجاز، =

ولذلك لا مناص من الاخذ بما ذهب اليه الدكتور السنهوري(٥) من أنه

= انه يترتب على القسمة أن يعتبر المتصرف كان لم يكن يملك شيئا في أي وقت الا فيما وقع في نصيبه ، وبالتالي يعتبر تصرفه في حصة شائعة فيما وقع في نصيب غيره تصرفا في ملك الغير فلا ينفذ في حق المالك) .

ثم يمضي سيادته قائلا ص ٢١٥ : (اذا كنا نعتقد في عدم صحة ما ذهب اليه المحدثون من أن القسمة كاشفة بطبيعتها ، فيبدو لنا أن النظرية التقليدية ، فيما يتعلق بحقيقة أثر القسمة وهي أنها ناقلة كما رأينا عند الرومان . هي الأولى بالقبول ولا نرى وجها لوصف القسمة بأنها كاشفة الا على أساس النص الذي يقرر الأثر الرجعي ، وحيث يعتبر الأثر الكاشف كالأثر الرجعي حكما مجازيا كما رأينا من قبل) .

ويذهب الدكتور السنهوري الى أن للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل، فيقول ص ١٢٥٥ وما بعدها : (والواقع من الأمر أن للقسمة بطبيعتها أثرا مزدوجا ، كاشفا وناقلا . ولو اقتصرنا على صورة مبسطة لمال شائع ، وقلنا أن أرضا يملكها اثنان في الشيوع لكل منهما النصف ، فهذه الارض قبل القسمة كانت ملكا للشريكين تتزاحم عليها ملكية كل منهما . فاذا اقتطعنا أي جزء مفرز منها ، كان هذا الجزء هو أيضا ملكا للشريكين تتزاحم عليه ملكية كل منهما ، فاذا نحن قسمنا الأرض بينهما ، وأفرزنا نصيب كل منهما فيها فان هذا النصيب يصبح مملوكا لأحد الشريكين وحده دون الآخر . فهل يكون للافراز عن طريق القسمة أثر كاشف أو أثر ناقل ؟ ان الشريك عندما أفرز نصيبه في الأرض ، صار هذا النصيب المفرز ملكه وحده كما قدمنا . وكان هذا النصيب قبل القسمة ، وفي أثناء الشيوع ملكا للشريكين لكل منهما النصف . فالافراز اذن ثبت للشريك في هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف ، ونقل اليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر ، فخلصت له الملكية الكاملة في جميع النصيب المفرز . ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب ، واثر ناقل في النصف الآخر . ويكون للقسمة اذن ، بطبيعتها اثر مزدوج ، كاشف وناقل .

ولما كان هذان الأثران يتعارضان ، لم يبق الا أن نغلب أثرا على آخر في المواضع التي يحسن فيها ، من الناحية العملية ، تغليب هذا الأثر فتارة نغلب الأثر الكاشف حيث يحسن تغليبه ، وتارة نغلب الأثر الناقل اذا ادعت المقتضيات العملية الى ذلك) .

ولكن سيادته انتهى في موضع آخر الى أن المادة ٨٤٣ تخلع على القسمة أثرا كاشفا وأثرا رجعيا في وقت واحد . (انظر تفصيل ذلك في المتن) .

(٥) ص ١٢٦٦ وما بعدها .

المادة ٨٤٣ تخلع على القسمة أثرا كاشفا وأثرا رجعيا في وقت واحد ، عن أن يكون هذا وذلك على سبيل الافتراض القانوني أو المجاز فتستخلص حسم النتائج التي تدعو الحاجات العملية الى استخلاصها من الأثر الكاشف المفترض دون استغراق لجميع النتائج التي يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعي اذا لم توجد حاجة عملية تدعو الى ذلك ...

١٣٢ - بعض المسائل التي يستبعد فيها الأثر الرجعي للقسمة :

١ - حق الشركاء في الثمار التي ينتجها المال الشائع أثناء الشيوع :

الثمار التي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع تكون من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم . فاذا تحولت حصة الشريك الشائعة بالقسمة الى نصيب مفرز ، لم يكن لهذا الشريك أن يتمسك بالأثر الرجعي للقسمة للمطالبة بثمار هذا النصيب المقرر من بدء الشيوع .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(الثمار التي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم واجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقا في الاستئثار بثمار الحصة التي خصصت له الا من وقت حصول القسمة . ولا يقدح في ذلك ما قضت به المادة ٨٤٣ من القانون المدني من اعتبار المتقاسم مالكا للحصة التي آلت اليه منذ أن تملك في الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعي للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهرا من هذه الحقوق ويجب قصر اعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق واستبعاده في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة) .

« طعن رقم ١٣٦ لسنة ٣١ ق - جلسة ١٩٦٥/١١/٢٥ »

٢ ـ تحديد المال الشائع وتقدير قيمته تكون عند وقت القسمة ·
رأينا فيما سبق أن العبرة فى تحديد المال الشائع وتقدير قيمته ، بحالة المال وقيمته وقت القسمة · وكان مقتضى الأثر الرجعى للقسمة أن تكون العبرة فى ذلك بما هو عليه وقت بدء الشيوع ·

٣ ـ بقاء الرهن الصادر من جميع الشركاء نافذا أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته (م ١٠٣٩/١ مدنى) ·

٤ ـ اذا صدر قانون جديد أثناء الشيوع يضع قواعد جديدة للقسمة فانه يسرى على القسمة التى تتم بعد العمل به ولا يحتج بأن للقسمة أثرا رجعيا فيطبق القانون السارى وقت بدء الشيوع ·

١٣٣ ـ عدم تعلق مبدأ رجعية القسمة بالنظام العام :

لا يتعلق مبدأ عدم رجعية القسمة بالنظام العام ، ولذلك يجوز للشركاء أن يتفقوا على عدم التمسك بالمادة ٨٣٤ مدنى ، وليس أدل على ذلك مما قضى به المشرع فى المادة ١٠٣٩ مدنى من نفاذ الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع أيا كانت نتيجة القسمة أو التصفية ·

كما استقر القضاء على أنه يجوز للشركاء عند قسمة عقار شائع بطريق التصفيه ان يتفقوا على اعتبار حكم مرسى المزاد منشئا للملكية الراسى عليه المزاد ، حتى ولو رسا المزاد على أحد الشركاء فيجوز لهم مثلا الاتفاق على جواز اعادة البيع على مسئوليته عند التخلف عن دفع الثمن ، وبالرغم من أن هذا الاجراء يعتبر من قبيل الفسخ ، والأصل أن القسمة غير قابلة للفسخ(٦) ·

---

(٦) محمد على عرفة ص ٤٤٦ ·

المجال الذى يطبق فيه الأثر الكاشف للقسمة

١٣٤ – اولا : مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات :

كل تصرف من شأنه انهاء الشيوع ، يكون له أثر كاشف ، فهو يكشف عن حق سابق للشريك · فيسرى الأثر الكاشف على القسمة النهائيه ، سواء كانت اتفاقية – ولو فعلية – أو قضـائية ، عينيه بمعدل أو بغير معدل ، كلية أو جزئية يخرج بمقتضاها بعض الشركاء من الشيوع فيختص كل منهم بنصيبه مفرزا بينما يبقى الشركاء الآخرون فى الشيوع ، أو يقتصر الشركاء فيها على اقتسام جزء من المـال الشائع فيختص كل منهم بنصيب مفرز من هذا الجزء بينما يبقى الجزء الآخر من المـال شائعا فيما بينهم ، أو يقسم المـال الشائع الى قسمين يختص فريق من الشركاء بأحد القسمين يملكونه على الشيوع ويختص باقى الشركاء بالقسم الآخر يملكونه كذلك على الشيوع · فيترتب على القسمة الأثر الكاشف رغم أن أحدا من الشركاء لم يختص بنصيبه مفرزا ، وذلك لأن القسمة قد تضمنت افراز قسمين من المـال الشائع فترتب على ذلك أن انتهى الشيوع الأصلى الذى كان يضم جميع الشركاء ونشأ لكل من الفريقين شيوع جديد(٧) ·

أما اذا كانت القسمة بطريق التصفية أى ببيع المـال الشائع بالمزاد العلنى أو الممارسة ، فانه يتعين التفرقة بين حالتين :

الحـالة الأولى :

أن يكون المزاد أو الممارسة قد رست على أحد الشركاء فى المال الشائع · ففى هذه الحالة يعتبر هذا البيع قد تم لحساب جميع الشركاء *تمهيدا للقسمة* ، ويعتبر المـال المبيـع أنه قد وقع فى نصيب الشريك الذى رسـا عليه ،

---

(٧) الصدة ص ٢٣٩ ·

ومن ثم يخصم الثمن الذى رسا به المزاد من حصة هذا الشريك فى مجموع الأموال الشائعة . فاذا زادت هذه الحصة على الثمن أخذ هذا الشريك باقى نصيبه من الأموال الشائعة الأخرى أو من طريق معدل للقسمة يلتزم به باقى الشركاء ، واذا كان العكس دفع هذا الشريك لباقى الشركاء معدلا للقسمة . وتسقط التصرفات التى أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع فى خصوص المبيع ، ولكن تبقى التصرفات التى ابرمها هو . والثمن الذى بيع به المال للشريك يكون له حكم معدل القسمة . ولكن يتعين دفعه دون انتظار انتهاء عمليات القسمة(٨) .

الحالة الثانية :

أن يكون المزاد أو الممارسة قد رست على أجنبى ، وفى هذه الحالة يعتبر التصرف بيعا فيما بين الشركاء والمشترى ، انما يقتصر ذلك على العلاقة فيما بين الشركاء والراسى عليه المزاد أو الممارسة . ومن ثم يجوز للمشترى أن يطهر العقار المبيع من الرهون التى ترتبت عليه من الشركاء فى أثناء الشيوع . أما فيما بين الشركاء أنفسهم فالتصرف يعتبر قسمة لها أثر كاشف ، أى ينطبق الأثر الكاشف فيما يتعلق بتوزيع الثمن الذى رسا به المزاد ، ومن ثم يعتبر الشريك الذى وقع فى نصيبه ثمن المبيع هو وحده الذى باع المال الشائع للأجنبى ، فيصبح هو البائع وحده ، ومن ثم لا تنفذ فى حقه التصرفات التى أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع فى خصوص المبيع . ولكن تبقى التصرفات التى أبرمها هو . واذا قسم الثمن بين الشركاء اعتبروا جميعا بائعين وبقيت التصرفات التى أبرموها أثناء الشيوع فى خصوص المبيع(٩) .

أما اذا كانت القسمة لا يترتب عليها انهاء الشيوع فانه لا يسرى عليها

---

(٨) السنهورى ص ١٢٦٩ .
(٩) الصدة ص ٢٤١ .

الأثر الكاشف ، ومثل ذلك قسمة المهاياة التى يقتصر أثرها على مجرد تسهيل الانتفاع بالملك الشائع .

غير أن قسمة المهاياة المكانية اذا استمرت خمس عشرة سنة فانها تنقلب الى قسمة نهائية ، ويسرى عليها ما يسرى على القسمة النهائية من أحكام ، فيكون لها أثر كاشف .

١٣٥ ـ تصرفات معادلة للقسمة لها اثر كاشف :

يعتبر بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر تصرفا معادلا للقسمة ، فيكون له أثر كاشف ، اذ يصبح الشريك المشترى مالكا للحصة المباعة وتضم هذه الحصة الى الحصة التى يمتلكها ، وتكون هذه الملكية قد آلت اليه من وقت بدء الشيوع .

كما ذهبت محكمة النقض الىأنللشريك على الشيوع أنيبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل اجراء القسمة فاذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة وذلك عملا بالمادة ٢/٨٢٦ مدنى .

فقد قضت بان :

١ ـ (من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لشريك على الشيوع أن يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل اجراء القسمة فقد نصت المادة ٨٢٦ فقرة ثانية من القانون المدنى على أنه : (اذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل المتصرف بطريق القسمة) ومتى تقرر ذلك فان الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذى يبيعه أو ما يحل محله مما يقع فى نصيب المطعون عليه عند القسمة ، فاذا وقع الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب المطعون عليه خلص للطاعن ، وان لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز

المبيع الى الجزء المفرز الذى يؤول الى المطعون عليه بطريق القسمة ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه مفرزا أو شائعا وان يبيع ابنه بدوره الى الطاعن مثل ذلك ، ومن ثم فان النعى على الحكم المطعون فيه - بأن البائع لا يملك الحصة المبيعة - مفرزة يكون على غير اساس) .

« طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥ ق - جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ »

٢ - (نص المشرع فى المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أن « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ويستولى على ثمارها واذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة ... » ثم نص فى المادة ٩٣٦ من هذا القانون على أنه « يثبت الحق فى الشفعة للشريك فى الشيوع اذا بيع شىء من العقار الشائع الى أجنبى » ، يدل على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وان كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة او اجازة الشركاء فى الشيوع ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الافراز الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فانه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع ، وفقا لصريح عبارة النص فى المادة ٩٣٦ من القانون المدنى) .

« طعن رقم ٧٨٤ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨٠/٥/١ »

٣ - (يدل نص المادتين ٨٢٦ ، ٩٣٦ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا ، وان كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو اجازة الشركاء فى الشيوع ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الافراز الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به

سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء ، مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع ، وبالتالى يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع) .

« طعن رقم ١١٣٩ لسنة ٥١ ق ـ جلسة ١٩٨٥/١/٢٤ »(١٠)

ويذهب ـ بحق ـ جانب من الفقه الى أن حكم البيع لا يسرى على الهبة فلا تعتبر تصرفا معادلا للقسمة ، لان القسمة من المعارضات اما الهبة فهى من التبرعات ، ومن ثم تكون الهبة ناقلة للملكية لا كاشفة(١١) .

---

(١٠) وقضت محكمة النقض فى حكم حديث لها صادر بتاريخ ١٩٩١/٥/١٢ فى الطعن رقم ٣٧٦ لسنه ٥٧ ق بأن : (مؤدى نص المادة ٨٢٦ من القانون المدنى يدل على انه يشترط لاعمال الحلول العينى وفقا لهذا النص أن تجرى قسمة بين الشركاء للمال الشائع يكون من شأنها أن تؤدى الى افراز نصيب معين للشريك البائع يوازى حصته فى الشيوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة على هذا الجزء وأن لا يقع المبيع فى الجزء المفرز الذى اختص به البائع بما مؤداه أنه لا مجال لاعمال الحلول العينى ان كان أساس التصرف بالبيع حصة مفرزة من المال الشائع ، فان أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجموعة منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك البائع مالكا لحصة شائعة فيه فانه يمتنع فى هذه الحالة إعمال الحلول العينى طالما أن نصيب البائع بقى شائعا لم يتم افرازه ... الخ) .

(١١) السنهورى ص ١٢٧٠ ـ وعكس ذلك الصدة ص ٢٤١ ، أحمد سلامة ص ٤٠٤ فيذهبان الى أنه يستوى أن يكون التصرف بمقابل أو بغير مقابل ـ ويقول الدكتور الصدة ص ٢٤١ وما بعدها هامش (٤) (الرأى الذى يأخذ به القضاء الفرنسى ، وهو الرأى السائد فى الفقه الفرنسى ، أن التصرف الذى يعتبر من قبيل القسمة فيترتب عليه الأثر الكاشف هو التصرف بعوض ، وذلك بحجة أن القسمة جوهرها تصرف بعوض ، وأن اعتبار الهبة من قبيل القسمة يؤدى الى التضحية بمصالح خلف الشريك الواهب ودائنيه . فالهبة التى تؤدى الى اختصاص الشريك بمال مفرز تكون فى نظر هؤلاء تصرفا ناقلا ، فلا يترتب عليها الأثر الكاشف ، بل يصبح هذا الشريك بمقتضاها خلفا للواهب ، وهناك من الفقهاء من يرى أن المنطق السليم يقضى بعدم التفرقة فى هذا الخصوص بين التصرف بعوض والتصرف بدون عوض . اذ أن هذه التفرقة ترجع فى الواقع الى الفكرة القديمة التى كانت ترى فى القسمة عملية مقايضة لا يترتب عليها الأثر =

والأموال التى يجزئ التصرف فى شانها بمناسبة القسمة لا ينطبق عليها الأثر الكاشف ، لأنها لم تكن شائعة وافرزت بالقسمة . فاذا أثبتت القسمة حقا لأحد الشركاء على شىء لم يكن داخلا من قبل فى نطاق الشيوع فلا ينطبق الأثر الكاشف بالنسبة الى هذا الحق .

١٣٦ ـ ثانيا : مجال تطبيق الأثر الكاشف من ناحية الأموال :

ان الذى يجعل القسمة ضرورية هو شيوع المـال بين الشركاء ، ومن هذا كان طبيعيا أن ترد القسمة على كل مال شائع تم افرازه ، وأن ينطبق بالتالى الأثر الكاشف على ما أفرزته القسمة من هذا المـال ، سواء كان هذا المـال منقولا مـاديا أو منقولا معنويا كحق الاختراع أو حق المؤلف . وبالتالى يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة ما يأتى :

١ ـ معدل القسمة :

لأن معدل القسمة لم يكن شائعا وأفرز ، وانما هو مـال مملوك ملكية مفرزة يدفعه الشريك لزميله المتقاسـم حتى تتوازن الأنصـبة ، فاذا تمت القسمة بمعدل سرى الأثر الكاشف على المـال الذى أفرز بالقسمة ولا يسرى على المعدل ، وانما يكون التزاما فى ذمة المدين به بموجب القسمة ـ وتنتقل ملكيته من المدين الى الشريك الدائن ويعتبر هذا الأخير بالنسـبة له خلفا للاول (المتقاسم) فاذا كان المعدل عقارا فان ملكية هذا العقار لا تنتقل الى

= الكاشف الا من طريق الافتراض . ولما كانت القسمة عملية تنطوى على التغيير فى حق الشريك بحيث يختص بمال مفرز ، فلم يعد هناك ما يدعو الى التفرقة تبعا لنوع التصرف الذى يؤدى الى هذا التغيير ، وهذا هو الرأى الذى رجحناه فى المتن ، لأنه هو الذى يتسق مع وظيفة القسمة وما تسفر عنه من اختصاص الشريك بمال مفرز . وليس هناك ما يدعو الى الخشـية من التضحية بمصالح خلف الشريك الواهب ودائنيه ، اذ يستطيع هـؤلاء حماية مصالحهم من طريق الدعوى البوليصية ، حيث انه بواسطتها تصبح الهبة غير نافذة فى حقهم) .

القانون الا بالتسجيل(١٢) . وتبقى التصرفات التى أبرمها المتقاسم الأول فى خصوص العقار .

٢ ـ الحقوق الشخصية :

ذلك أن الشيوع لا يرد على الحق الشخصى ، لأنه اذا تعدد أصحاب الحق الشخصى فان الحق ينقسم بينهم فى ذلك ما لم يكن غير قابل للانقسام اذ فى هذه الحالة تنطبق أحكام عدم القابلية للانقسام لا أحكام الشيوع . وما دام أن هذه الحقوق تكون مقسمة من أول الأمر فلا يكون هناك محل لقسمتها ولا انطباق الأثر الكاشف عليها . فاذا توفى شخص وكان للتركة دين فان هذا الدين ينقسم على الورثة لحظة الوفاة ، كل بحسب نصيبه الشرعى . وعلى ذلك يعتبر كل وارث صاحب حصة فى الحق الشخصى من وقت وفاة المورث ودائنا على استقلال للمدين بجزء من الدين بنسبة حصته فى التركة ، لا بسبب الأثر الكاشف للقسمة ، بل بسبب انقسام الحق الشخصى بمجرد وفاة المورث .

واذا كانت المادة ٩٠٧ مدنى تنص على أنه : (اذا اختص احد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فان باقى الورثة لا يضمنون له الدين اذا هو أعسر بعد القسمة . ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك) ، فانه ليس معنى هذا النص أن يبقى الدين شائعا حتى القسمه ، فهو قد آل الى الورثة لحظة الوفاة فأصبح كل منهم دائنا بدين مستقل ، فاذا اتفق الورثة عند قسمة التركة على أن يأخذ أحدهم كل الحق الذى للتركة كان مفاد هذا أن الورثة الآخرين قد حولوا أنصبائهم فى هذا الحق الى ذلك الوارث ويكون الاتفاق تصرفا ناقلا بالنسبة الى هذه الأنصبة(١٣) ، ويلزم حتى تكون الحوالة نافذة فى حق المدين أن يقبلها أو يعلن بها (م ٣٠٥ مدنى) ، مع مراعاة أن الورثة

---

(١٢) الصدة ص ٢٤٣ وما بعدها ـ سلامة ص ٤٠٦ وما بعدها ـ السنهورى ص ١٢٧٢ وما بعدها .

(١٣) أحمد سلامة ص ٤٠٧ ـ السنهورى ص ١٢٧٢ وما بعدها ـ الصدة ص ٣٤٣ وما بعدها .

المحيلين يضمنون للمحال اليه يسار المدين وقت القسمه ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك ، وهذا يخالف القاعدة العامة التى تجعل المدين ضامنا لوجود الحق فحسب وقت الحوالة (م ١/٣٠٨) .

١٣٧ - ثالثا : مجال تطبيق الأثر الكاشف من ناحية الأشخاص :

ما دام أن القسمة بطبيعتها تصرف كاشف فان أثرها الكاشف يقوم بالنسبة لجميع الأشخاص ، لا فرق في ذلك بين الشركاء المتقاسمين فى المال الشائع والغير .

وبالنسبة للشركاء لا فرق بين شريك أصلى اكتسب ملكية حصته فى المال الشائع منذ بدء الشيوع ، أو شريك طارىء اكتسب ملكية حصته بعد بدء الشيوع .

وكذلك لا عبرة بسند تملك الشركاء فقد يختلف سند اكتسابهم ملكيتهم لحصتهم فى المال الشائع . فالعبرة بثبوت ملكية الشريك لحصته وقت القسمة .

وبالنسبة للغير ، لا يفرق بين دائن عادى أو دائن مكتسب لحق عينى اصلى ، أو دائن بحق قيد .

وعلى ذلك لا تنفذ فى حق الشريك المتقاسم التصرفات التى أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع ، على المال الشائع ، فاذا كان أحد الشركاء قد باع أو رهن ابان الشيوع - جزءا مفرزا ثم آل هذا الجزء الى شريك آخر فانه يؤول اليه محررا من الرهن ، كما وأن المشترى لايستطيع المطالبة بنقل ملكيته ، ولو كان قد سجل عقده ، اذ يترتب على القسمة سقوط التسجيل ذلك أنه بفعل الأثر الكاشف للقسمة يعتبر كل من البيع والرهن قد صدر من غير ذلك . ولا يرد على هذا القول الا استثناء واحد هو التصرف الصادر من جميع الشركاء فانه يبقى أيا كانت نتيجة القسمة(١٤) .

---

(١٤) أحمد سلامة ص ٤٠٥ وما بعدها .

ولكن الدائن المرتهن يستوفى دينه بالأولوية من المقابل الذى آل الى الراهن تطبيقا للمادة ١٠٥٦ مدنى التى تجرى على ان : (يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذى حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد)(١٥) .

النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف للقسمة

١٣٨ ـ أولا : سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز :

اذا اختص أحد الشركاء بنصيب مفرز فى المال الشائع بمقتضى القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية ، يعتبر ـ كما أوضحنا سلفا ـ مالكا لهذه الحصة المفرزة منذ بدء الشيوع وانه لم يمتلك غيرها فى بقية الحصص وأن الشركاء الآخرين لم يكونوا مالكين لها منذ بدء الشيوع .

ويترتب على ذلك أن التصرفات التى أبرمها أحد الشركاء الآخرين أثناء الشيوع على المال الشائع تكون صادرة من غير مالك لا تنفذ فى حق هذا الشريك ، ولكن التصرفات التى أبرمها هو تكون نافذة ، وهذه النتيجة هى أهم النتائج التى أريد الوصول اليها من اعتبار القسمة كاشفة ، ذلك أن

---

(١٥) وقد ذهب الدكتور السنهورى فى حق الملكية ص ١٣٧٤ الى أن الدائن المرتهن لا يكون له حق التقدم على نصيب مدينه فى ثمن العقار ، فان المدين يكون قد استبدل بحصته فى العقار الذى رهنه مبلغا من النقود ، وقد أصبح هذا المبلغ ضمانا لدائنيه جميعا ولا يتقدم عليهم الدائن المرتهن ـ ومع ذلك يذهب سيادته فى الجزء العاشر فى التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨٠ ص ٣٣٣ وما بعدها أنه : (واذا وقع فى نصيب الشريك الراهن منقول بدلا من العقار ، فقد الدائن المرتهن حقه فى الرهن كما فى الفرض السابق . وكما فى الفرض السابق أيضا ، يحتفظ الدائن المرتهن بحقه فى التقدم اذا وقع فى نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود) .

مقتضى هذا الاعتبار ألا تكون القسمة سند تملك المتقاسم للنصيب الذى آل اليه ، فلا يكون هذا المتقاسم خلفا للمتقاسمين الآخرين .

ويسرى هذا الحكم على كافة الحقوق العينية التى رتبها الشركاء الآخرون على النصيب المفرز سواء كانت حقوقا عينية أصلية أو حقوقا عينية تبعية ، ولا يمنع من هذا السقوط أن يكون الحق قد سجل أو قيد(١٦) . فاذا كان أحد الشركاء قد تصرف بالبيع فى الحصة المفرزة التى آلت الى الشريك بعد القسمة ، أو وهبها ، أو رتب عليها حق انتفاع ، فان البيع والهبة وحق الانتفاع يسقط وتخلص الحصة الى الشريك خالية من هذه التصرفات .

وكذلك اذا كان أحد الشركاء فى المال الشائع قد رهن الحصة المفرزة أو جزءا منها رهنا رسميا أو حيازيا جاز للشريك الذى آلت اليه الحصة المفرزة أن يطلب من الشريك وعلى نفقته أن يحصل على شطب الرهن الرسمى ورهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز المترتب من جانبه(١٧) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (لئن كان بيع الشريك المشتاع لقدر مفرز من نصيبه لا ينفذ فى حق باقى الشركاء بل يظل معلقا على نتيجة القسمة ، الا أنه يعتبر صحيحا ونافذا فى حق الشريك البائع ومنتجا لآثاره القانونية على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمة . أما بعد القسمة فاستقرار التصرف على ذات المحل رهين بوقوعه فى نصيب الشريك البائع فان وقع فى غير نصيبه ورد التصرف على الجزء الذى يقع فى نصيبه نتيجة للقسمة . وينبنى على ذلك أنه اذا سجل المشترى لقدر مفرز من الشريك المشتاع عقد شرائه ، انتقلت اليه ملكية هذا القدر المفرز فى مواجهة البائع له فى فترة ما قبل القسمة بحيث

---

(١٦) أحمد سلامة ص ٤٠٧ .

(١٧) السنهورى ص ١٢٧٥ وما بعدها .

يمتنع على البائع التصرف في هذا القدر الى الغير ، فان تصرف فيه كان بائعا لملك الغير فلا يسري هذا البيع في حق المالك الحقيقي وهو المشترى الأول الذى انتقلت اليه ملكية هذا القدر من وقت تسجيل عقد شرائه) .

« طعن رقم ١٨٢ لسنة ٤٠ ق - جلسة ١٩٧٥/٢/١٧ »

٢ - (تقضى المادة ٨٤٣ من القانون المدنى باعتبار المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه الحقوق ويجب قصر اعمال الأثر الرجعى للقسمة فى هذا النطاق واستبعاده فى جميع الحالات التى لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شريكه الصادرة قبل القسمة . لما كان سند الطاعنة فى طلب الحكم لها بملكية الأطيان محل النزاع هو وضع اليد المدة الطويلة ، وهو بعد يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها فلا وجه من بعد لأعمال حكم الأثر الرجعى للقسمة على واقعة الدعوى) .

« طعن رقم ٧٠٦ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٩/٥/٢٩ »

٣ - (اذا كانت المادة ٩٧٠ من القانون المدنى قبل تعديلها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تنص على أن الاموال الموقوفة لا تكسب بالتقادم الا اذا دامت الحيازة ثلاثة وثلاثين سنة ثم نص هذا القانون الأخير والذى عمل به اعتبارا من ١٩٥٧/٧/١٣ على انه لا يجوز تملك الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم فان حيازة الطاعنين وحيازة من سبقهم من المشترين حتى صدور قرار لجنة القسمة فى ١٩٦٦/١٠/٢٣ بفرز حصة الخيرات فى الوقف لا تؤدى الى كسب ملكية الأطيان محل النزاع بالتقادم لورودها على مال لا يجوز تملكه بهذا السبب عملا بنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ لوجود حصة وقف

خيرى شائعة فيها ، ولا يقدح فى ذلك أن المادة ٨٤٣ من القانون المدنى تقضى باعتبار المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه الحقوق ويجب قصر اعمال الأثر الرجعى للقسمة فى هذا النطاق واستبعاد جميع الحالات التى لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة ، لما كان ذلك وكان سند الطاعنين فى تملك الأطيان محل النزاع هو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وهو يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها فلا وجه من بعد لأعمال حكم الأثر الرجعى للقسمة على رافعة الدعوى - ولما كانت مدة حيازة الطاعنين التى تلت صدور حكم القسمة فى ١٩٦٦/١٠/٢١ لا تكفى لتملكهم الأطيان محل النزاع بالتقادم الطويل ، فان الحكم المطعون فيه اذ رفض أدعاءهم تملكها بهذا السبب يكون قد صادف صحيح القانون) .

« طعن رقم ٨٥٧ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ »

٤ - (من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انه اذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا على اجراء القسمة بين الشركاء ، فان المشترى فى هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى - حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكا فى العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لا يلزم تمثيله فى القسمة ، وقد تمت هذه القسمه بين الشركاء ، فانها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها ، ويترتب عليها فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر اليه ، فاذا وقع القدر المبيع المفرز فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر ، وان لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف الى

الجزء الذى آل الى البائع بطريق القسمة) .

« طعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨١/١/٢٠ »

١٣٩ - ثانيا : عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى:

تنص المادة ١/٩٦٩ مدنى على أنه اذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته الى سبب صحيح فان مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات) .

وتعرف الفقرة الثالثة من ذات المادة السبب الصحيح بانه سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون .

ولما كان يشترط فى السبب الصحيح للتملك بالتقادم الخمسى أن يكون ناقلا للملكية أو للحق العينى الأصلى ، وكانت القسمة كاشفة للحق وليست ناقلة له ، فانها لا تصلح سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى .

فاذا تبين أن العقار الذى تقاسم فيه الشركاء لم يكن مملوكا لهم ، فلا يجوز للمتقاسم الذى حاز بحسن نية الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه مدة خمس سنوات أن يستند الى القسمة باعتبارها سببا صحيحا يخوله تملك هذا الجزء بالتقادم ، انما تكون العبرة فى هذا الشأن بالسند الأصلى للملكية الشائعة . فاذا كان هذا السند من شأنه أن ينقل الملكية ولكنه صدر من غير مالك ، كعقد بيع اشترى به الشركاء العقار الشائع من غير مالكه ، فان هذا السند هو الذى يصح اعتباره سببا صحيحا(١٨) .

واذا اشترى شخص - وهو حسن النية - عقارا من غير مالك ثم توفى عن ورثة واقتسم الورثة هذا العقار فوقع مفرزا فى نصيب واحد منهم ، اعتبر البيع الصادر للمورث سببا صحيحا يجيز للوارث الذى اختص بالعقار

---

(١٨) الصدة ص ٢٤٥ وما بعدها .

أن يتمسك بالتقادم الخمسى ، ذلك أن القسمة تكشف عن تملك هذا الشريك للعاقر من وفاة المورث ، كما أن الحيازة تنتقل الى الخلف العام بصفاتها[١٩] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(لا يصح اعتبار عقد القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى ، ذلك أن القسمة وفقا للمادة ٤٥٧ من القانون المدنى القديم والمادة ٨٤٣ من القانون المدنى الجديد تعتبر مفرزة للحق لا منشئة له ، ويشترط فى السبب الصحيح أن يكون من شأنه نقل الملك لو أنه صدر من المالك الحقيقى لا تقريره) .

« طعن رقم ٥٧ لسنة ٢١ ق ـ جلسة ١٩٥٤/٤/٢٩ » .

١٤٠ ـ ثالثا : عدم اشتراط تسجيل القسمة لسريانها بين الشركاء المتقاسمين :

يفرق القانون فيما يختص بالتسجيل بين التصرفات التى من شأنها نقل الملكية العقارية والتصرفات المقررة أو الكاشفة ، فالأولى يترتب على عدم تسجيلها أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير ، أما الثانية فيترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون حجة على الغير . وقد حرص الشارع على أن ينص على سريان هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة .

فقد نصت المادة التاسعة فقرة أولى وثانية من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (المعدل) بتنظيم الشهر العقارى على أن : (جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصيه .

---

(١٩) أحمد سلامة ص ٤١١ هامش (٣) .

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم .

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن) .

ونصت المادة العاشرة فى فقرتيها الاولى والثانية على ان : (جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير .

ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها اموالا موروثة) .

وينهض بالتفرقة بين التصرفات الناقلة للملكية العقارية والتصرفات المقررة أو الكاشفة أن التصرف الناقل يخول المتصرف اليه حقا لم يكن له من قبل ، فهو بذلك أكبر خطرا من التصرف الكاشف الذى يقتصر أمره على تقرير حق ثابت من قبل .

وبناء على ذلك فانه بمجرد حصول القسمة وقبل تمام التسجيل يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه ، ولكن لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الملكية الا بعد تسجيل القسمة ، فلهذا الغير أن يتجاهل القسمة غير المسجلة ويعتبر حالة الشيوع لا تزال قائمة(٢٠) .

ويسرى ذلك على القسمة القضائية والاتفاقية والمهاياة التى تتحول الى قسمة نهائية .

---

(٢٠) أحمد سلامة ص ٤٠٨ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (اذا أقر الورثة القسمة التى أجراها الخبير المنتدب من قبل المحكمة ، وصدقت المحكمة على هذه القسمة وسجل محضر الخبير ، ثم تصرف أحد الورثة فى نصيبه المقسوم كله أو بعضه بعقود مسجلة او ثابتة التاريخ، ثم اتفق الورثة فيما بينهم بعد ذلك على تقسيم جديد لتلك الأطيان لم يدخلوا فيه معهم من تلقى الملكية بطريق الشراء عن أحدهم ، فعقد الاتفاق الأخير لا يعتبر قسمة جديدة نافذة على أولئك المشترين ، وانما هو عقد بدل بين ملاك ، لا يكون حجة على غير المقتسمين الا اذا سجل . وبدون ذلك لا يمكن الاحتجاج بهذا البدل على الغير الذى اكتسب حقا على الحصة التى اختص بها الوارث البائع له بموجب القسمة والا ولى وخفظ هذا الحق بالتسجيل) .

« طعن رقم ١٦ لسنة ١ ق - جلسة ١٩٣١/١٢/١٧ »

٢ - (متى كان الحكم اذ قرر أن القسمة مقررة للحق وليست منشئة له وتسجيلها غير لازم للاحتجاج بها فيما بين المتعاقدين أو طرفى الخصومة فى دعوى القسمة وان كان واجبا بالنسبة للغير وهم من لهم حقوق عينية على العقار محل القسمة وليس من بينهم المستأجر لأنه صاحب حق شخصى ، فان هذا الذى قرره لا خطأ فيه ويتفق مع المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) .

« طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/١١/٣ »

٣ - (مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم ، وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت القسمة) .

« طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٦٤/٤/٢ »

٤ - (الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ هو من تلقى حقا عينيا على العقار الشائع على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بشهر هذا الحق وفقا للقانون قبل شهر سنه القسمة) .

- (أثر القسمة غير المسجلة على المشترى للعقار من أحد الشركاء فيه بعقد مسجل قبل القسمة .

(أ) التصرف في قدر شائع : اذا اشترى من أحد الشركاء نصيبه أو بعضه شائعا وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة اعتبر المشترى من الغير وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة يستوى في ذلك أن يكون شراؤه سابقا على اجراء القسمة أم لاحقا لها ويصبح فى الحالين شريكا فى العقار الشائع بقدر الحصة التى اشتراها ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقا بل له أن يطلب اجراء قسمة جديدة اذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها .

(ب) التصرف فى المفرز قبل القسمة : اذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا على اجراء القسمة بين الشركاء فان المشترى فى هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكا فى العقار الشائع ولا يكون له اى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لا يلزم تمثيله فى القسمة . ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء فانها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها ويترتب عليه فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر اليه فاذا وقع القدر المبيع المفرز فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر وان لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى البائع بطريق القسمة .

(جـ) التصرف فى المفرز بعد القسمة : اذا كان التصرف فى الجزء المفرز لاحقا لاجراء قسمة لم تسجل فان الأمر لا يخرج عن أحد فرضين : (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف فى نصيبه الذى خصص له فى القسمة وفى هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشترى ولا يجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها اما على أساس أنه لا يعتبر من الغير فى حكم المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ لأنه قد تلقى حقه على أساس القسمة التى تمت لا على أساس أن الشيوع ما زال قائما واما على أساس أنه بشرائه الجزء المفرز الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها · (الثانى) أن يقع التصرف على جزء مفرز غير الجزء الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة ـ فى هذه الحالة لايتلقى المشترى حقه على أساس القسمة اذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصه للبائع له وانما على أساس أن الشيوع ما زال قائما رغم اجراء القسمة ، ومن ثم فان المشترى اذا سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر فى هذا الفرض من الغير ولا يحتج عليه بالقسمة التى تمت ويكون له اذا لم يرتض هذه القسمة أن يطلب اجراء قسمة جديدة)·

« طعن رقم ٤٩٤ لسنة ٢٩ ق ـ جلسة ١٩٦٥/١٢/٢ »

٥ ـ (الغرض من تسجيل القسمة لامكان الاحتجاج بها على الغير هو شهرها حتى يكون فى استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف اليه من أحد المتقاسمين ما اذا كان العقار موضوع التصرف قد وقع فى القسمة فى نصيب المتصرف أو لم يقع) ·

« طعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٠ ق ـ جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ »

٦ ـ (مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت

القسمة) .

« طعن رقم ٢٩١ لسنة ٣٩ ق - جلسة ١٩٧٥/١/٣٠ »

٧ - (لما كان يترتب على قسمة المال الشائع افراز حصة الشريك فيه بأثر كاشف للحق لا منشىء له وفق ما تقرره المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك على الشيوع وأنه لا يملك غيرها فى بقيه الحصص ، وان تسجيل القسمة غير لازم فى العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقارى ، ويعتبر كل متقاسم فى علاقته بزملائه المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة لنصيبه بالقسمة ولو لم تسجل على خلاف الغير الذى لا يحتج عليه بها الا بتسجيلها ، ولما كان الحكم المطعون فيه لم يعن بالرد على ما تمسك به الطاعن بشأن حصول قسمه فعلية لأطيان المورث الأصلى ولم تقع أطيان النزاع ولا جزء منها ضمن ما اختص به مورث المطعون ضده الثانى مع كونه دفاعا جوهريا كان يتعين التصدى له ومناقشته ، اذ لو ثبتت القسمة لكان من الجائز أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى ، فانه يكون مشوبا بالقصور) .

« طعن رقم ٤٩٦ لسنة ٤١ ق - جلسة ١٩٧٥/١١/٢٤ »

٨ - (اذ نصت المادة ٨٤٣ من القانون المدنى على أن « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص » فقد دلت على أن القسمة مقررة أو كاشفة للحق سواء كانت عقدا أو قسمة قضائية لها أثر رجعى ، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يمتلك غيرها فى بقية الحصص وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع اثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه الحقوق وبوصفها من العقود الكاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن

مستحلا ٥٠

« طعن رقم ٦٢ لسنة ٤٦ ق - جلسة ١٩٧٩/١٢/١١ »

٩ - (مؤدى نص المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فى شأن تنظيم الشهر العقارى أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم ، وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت القسمة) .

« طعن رقم ٥٩١ لسنة ٤٦ ق - جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ »

١٠ - (من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم ، الا أنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت القسمة) .

« طعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨١/٤/٢٨ »

١١ - (وفقا للمادة ٨٤٣ من القانون المدنى يترتب على صدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص وأن ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم) .

« طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٨٣/٤/٢٦ » .

١٢ - (أثر القسمة قبل تسجيلها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية المفرزة على الغير اذا سجلت القسمة . الغير فى حكم المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ١١٤ لسنة ١٩٤٦ . ماهيته . المشترى

لنصيب أحد الشركاء او بعضه شائعا وسجل عقده قبل تسجيل القسمة . اعتباره غيرا سواء كان شراؤه سابقا او لاحقا على اجراء القسمة . مؤدى ذلك) .

« طعن رقم ١٠٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٦/٢/١٢ »

١٣ - (القسمة غير المسجلة . اثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير الا اذا سجلت) .

« طعن رقم ٣١٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٧/٦/٢١ »

١٤ - (القسمة غير المسجلة . أثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه . عدم الإحتجاج بهذه الملكية على الغير الا اذا سجلت القسمة ... الخ) .

« طعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠ »

١٥ - (القسمة غير المسجلة . اثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة لنصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير الا اذا سجلت القسمة . الغير . ماهيته) .

« طعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠ »

١٦ - (القسمة غير المسجلة . أثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير الا اذا سجلت القسمة . المقصود بالغير فى حكم المادة ١٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى) .

« طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥ »

١٤١ - المقصود بالغير :

الغير في هذا المقام كل من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع ، وقام بشهره طبقا للقانون ، يستوى أن يكون حقه أصليا أو تبعيا ، كما يستوى أن يكون قد علم بالقسمة بطريق آخر أو لم يعلم ، بل حتى ولو كان قد تواطأ مع أحد المتقاسمين على الاضرار ببقية الشركاء(٢١) .

اما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فانه لا يعتبر غيرا ولو سبق الى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة اذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي اليها القسمة (م٢/٨٢٦ مدني) .

والمشترى لجزء مفرز بعد القسمة لا يعتبر من الغير فليس له أن يحتج بعدم تسجيل القسمة ، فاذا اقتسم شريكان أرضا ، واختص كل منهما بجزء مفرز منها ، وقبل تسجيل القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المفرز فليس لمشترى هذا النصيب أن يحتج بعدم تسجيل القسمة ، ولن الأرض لا تزال على الشيوع ، وانه بشرائه النصيب المفرز قد أصبح مالكا على الشيوع(٢٢) .

ويوجد كذلك بجانب الغير بمعناه الفنى شخص اجنبى أصلا عن القسمة (أنظر الى البند التالي) .

ولا يعتبر المستأجر من الغير ، لأنه صاحب حق شخصي لا عيني .

وفي هذا قضت محكمة النقض بان :

١ - (الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس انه ما زال مملوكا على الشيوع

---

(٢١) أحمد سلامة ص ٤٠٩ .
(٢٢) السنهوري ص ١٢٨٢ هامش (٢) .

وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة . وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فانه لا يعتبر غيرا ولو سبق الى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة . اذ أن حقه فى الجزء المفرز الى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى اليها القسمة وفقا لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من أن التصرف اذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة ، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة . ومن ثم فانه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة الى ذلك الجزء طالما أن القسمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه الى النصيب الذى اختص به البائع له بموجب تلك القسمة) .

« طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٦٤/٤/٢ »

٣ - (الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع ، وقام بتسجيله قبل تسجيل القسمة ، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فانه لا يعتبر غيرا ولو سبق الى تسجيل حقه قبل تسجيل القسمة ، اذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى اليها القسمة ، وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من أن التصرف اذا انصب على جزء من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة ، مما مفاده أن

القسمة غير المنسجلة يحتج بها على من اشترى جزء مفرزا من أحد المتقاسمين ، ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع ، واعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة ومن ثم فانه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحه عقد البيع بالنسبة الى ذلك الجزء ذاته ، طالما أن القسمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه الى النصيب الذى اختص به البائع بموجب تلك القسمة) .

« طعن رقم ٢٩١ لسنة ٣٩ ق ـ جلسة ١٩٧٥/١/٣٠ »

٣ ـ (الغير فى حكم المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فى شان تنظيم الشهر العقارى ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس انه ما زال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فانه لا يعتبر غيرا ولو سبق الى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة ، ومن ثم فان القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بمقتضى القسمة) .

« طعن رقم ٥٩١ لسنة ٤٦ ق ـ جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ »

٤ ـ (مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه هو دون غيره من أجزاء العقار المقسم وأنه لايحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت القسمة ، وأن الغير فى حكم المادة المذكورة هو من يتلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما ازل مملوكا على الشيوع

وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، أما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فانه لا يعتبر غيرا ولو سبق الى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة ، اذ أن حقه في الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى اليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة ٨٢٦/٢ من القانون المدنى من أن التصرف اذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة) .

« طعن رقم ١٦١ لسنة ٤٧ ق ـ جلسة ١٩٨٠/١٢/٩ »

٥ ـ (الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة . فالمشترى لحصة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع ، اذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة ، يعتبر من الغير وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار ، وله أن يطلب اجراء قسمة جديدة ، إذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها) .

« طعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ ق ـ جلسة ١٩٨١/٤/٢٨ »

٦ ـ (قضاء هذه المحكمة قد جرى بأن تسجيل القسمة غير لازم فى العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقارى ، وذلك على خلاف الغير الذى لا يحتج عليه بها الا بالتسجيل وأنه في هذا الصدد يعد غيرا من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ولا يعتبر المستأجر لقدر من عقار

شائع من ثم غيرا لأنه صاحب حق شخصي) .

« طعن رقم ٦١٤ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧ »

٧ - (الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري . ماهيته . عدم اعتبار من تلقى حقا مفرزا من أحد الشركاء غيرا ولو سجل حقه قبل تسجيل القسمة . أثره . ليس له أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته بالنسبة للجزء المفرز الذي اشتراه طالما أنه لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة ولو لم تسجل) .

« طعن رقم ٣١٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٧/٦/٢٩ »(٢٣)

١٤٢ - يجوز للغير التمسك بالقسمة غير المسجلة :

شرع التسجيل لحماية الغير الذي يحتج عليه بالقسمة ، فهي حماية مقررة لصالح الغير ، ولكنها ليست مفروضة عليه . ومقتضى هذا أنه يجوز للغير أن يتمسك بالقسمة رغم عدم تسجيلها ، ولا يجوز للمتقاسمين ان يتمسكوا بعدم تسجيل القسمة(٢٤) .

فمن اشترى حصة من عقار شائع وقام بتسجيلها قبل تسجيل القسمة ، فان المتقاسم وان كان لا يستطيع أن يحتج عليه بالقسمة غير المسجلة الا أن الغير يحق له بالرغم من عدم تسجيل القسمة أن يتمسك بها في

---

(٢٣) وقضى بأن : (قبول طلب شهر المحرر يقتضي اثبات أصل ملكية البائع أو المتصرف ولا يقبل في اثبات ذلك الا أوراق معينة منصوص عليها في قانون الشهر العقاري والتوثيق رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣ على أنه لا يقبل من المحررات فيما يتعلق باثبات أصل الملكية أو الحق العيني وفقا للمادة السابقة الا المحررات التي سبق شهرها ثم أوردت طائفة أخرى من الأوراق ليس من بينها المحررات المؤشر بصلاحيتها ، وعقود القسمة العرفية اللاحقة لصدور القانون) .

« طعن رقم ٨٨٧ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٨/٢/٢٣ »

(٢٤) الصدة ص ٢٤٧ - أحمد سلامة ص ٤٠٩ .

مواجهة الشركاء فقد أصبح بشرائه الحصة الشائعة شريكا معهم ، وله أن يعتبر القسمة غير المسجلة نافذة فى حقه وفى حق سائر الشركاء .

فاذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها فاختص أحدهما بالقسم الشرقى من الأرض والآخر بالقسم الغربى ولم تسجل القسمة ، وباع الجار الملاصق للقسم الشرقى أرضه ، وهذا الجار يعتبر أجنبيا أصلا عن القسمة ، لم يجز للشريك الذى وقع فى نصيبه القسم الغربى الأخذ بالشفعة ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر بالنسبة الى الجار الملاصق للقسم الشرقى ، مالكا ملكية مفرزة للقسم الغربى بالقسمة حتى قبل أن تسجل ، ولم يصبح مالكا للقسم الشرقى الملاصق للعقار المشفوع فيه ، فلم يعد جارا ملاصقا حتى يصح له الأخذ بالشفعة ويستطيع الجار وهو أجنبى أصلا عن القسمة ان يتمسك عليه بالقسمة غير المسجلة(٢٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - (ان عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعا لذلك حق طلب الشفعة . وذلك لأن التسجيل هنا انما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم . فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا ينفع على من لم يقم به) .

« القضية رقم ٣٤ لسنة ١١ ق - جلسة ١٩٤٢/١/٢٩ - مجموعة عمر ج ٣ ص ٤٠٩ »

٢ - (جرى قضاء هذه المحكمة على أن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من حالة الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعا حق

---

(٢٥) السنهورى ص ١٢٨٢ هامش (٢) .

الشفعة ذلك أن التسجيل هنا انما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم وبنفع على من لم يقم به) .

« طعن رقم ٩٨ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/٣/١٧ »

٣ - (ان المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى اذ تنص على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة » فان مؤدى ذلك أنه يجوز للغير اعتبار حالة الشيوع لا تزال قائمة طالما ان عقد القسمة أو الحكم المقرر لها لم يسجل واذ كان التسجيل فى هذه الحالة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقه فانه يكون له أن يرتضى القسمة التى تمت ويعتبر بذلك متنازلا عن هذا الحق الذى شرع لفائدته) .

« طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٤ ق - جلسة ١٩٥٩/١/١٥ »

موضـــوع رقم (٧)
ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة

١٤٣ - النص القـانونى :

مـادة ٨٤٤ مدنى :

(يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة فى تقدير الشىء بقيمته يوم القسمة . فاذا كان أحد المتقاسمين معسرا ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

غير أنه لا محل للضمان اذا كان هناك اتفاق صريح يقضى بالاعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها ، ويمتنع الضمان أيضا اذا كان الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه) .

١٤٤ - حـكمة الضمان فى القسمة :

يستند الضمان فى عقد البيع ، الى أن عقد البيع ناقل للملكية ، فالبائع ينقل ملكية المبيع الى المشترى فيضمن له ما نقل .

اما القسمة فهى - كما رأينا - ليست ناقلة للملكية وانما كاشفة لها ، ومع ذلك رتب القانون عليها ضمان التعرض والاستحقاق كما رتبه على عقد البيع ، وقد تغيا من ذلك كفـالة المساواة بين المتقاسمين فبمقتضى القسمة يجب أن يحصل كل شريك على حصة مفرزة تقابل ما كان له فى المـال الشائع من حصة شائعة . فان اتضح أن أحدهم قد تعرض لاستحقاق حصته كلها او بعضها كان معنى ذلك أنه لم يأخذ نصيبه الكامل فى الأموال المشتركة ،

الأمر الذى يقتضى تعويضه ، والحقيقة أن المال الذى استحق فى يد المتقاسم لم يكن من الواجب ادخاله فى القسمة ، أما وقد ادخله الشركاء فيها فان الشريك الذى اختص به يجب أن يعوض لتعود المساواة والتوازن بين المتقاسمين جميعا ، فالإلتزام بالضمان هو تطبيق لمبدأ يجب أن يسود القسمة . وهو مبدأ المساواة(١) .

١٤٥ - العلاقة بين أحكام الضمان فى البيع واحكام الضمان فى القسمة :

وضع المشرع قواعد تفصيلية للضمان فى البيع تضمنتها المواد (٤٣٩ مدنى وما بعدها) ، بينما لم يرد فى شأن الضمان فى القسمة سوى نص المادة ٨٤٤ مدنى .

ولذلك فان نص المادة الأخيرة هو الذى يحكم الضمان فى القسمة فاذا خلا من تنظيم وضع معين تعين الرجوع فى ذلك الى الاحكام التى تنظم الضمان فى البيع ، بشرط ألا تتعارض مع طبيعة القسمة باعتبارها كاشفة للملكية من ناحية وباعتبارها تكفل المساواة بين المتقاسمين من ناحية اخرى(٢) .

الشروط الواجب توافرها لقيام ضمان التعرض والاستحقاق

١٤٦ - الشرط الأول : وقوع تعرض أو استحقاق :

يجب وقوع تعرض أو استحقاق .

فمجرد خشية وقوع التعرض أو الاستحقاق لا تكفى لتحريك

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٩٤ - محمد كامل مرسى ص ٢٣٩ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٢٥٨ - أحمد سلامة ص ٤٢٠ وما بعدها .
وقد قضت محكمة النقض فى ظل التقنين السابق الذى كان خاليا من النص على ضمان المتقاسم ، بأن القواعد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم .
« نقض ١٠/١٠/١٩٤٦ - منشور بصحيفة ٢١٨ هامش (١٧) »

الضمان(٣) :ـ

كما لا يكفي أن تكون هناك عيوب خفية في المال المفرز الذي وقع في نصيب المتقاسم لأن القانون لم يوجب في القسمة ضمانا للعيوب الخفية كما أوجب في البيع ، ويرجع ذلك الى وجود فرق جوهري بين البيع والقسمة ، اذ ليس هناك ما يلجيء المشترى الى قبول مبيع معيب · أما الشيء الشائع فلا بد أن تشمله القسمة ولو كان معيبا فيقع في نصيب أحد المتقاسمين على أي حال · واكتشاف هذا العيب لا يعني سوى أن المال الذي آل الى المتقاسم قد قوم بأكثر من قيمته ولذلك لا يكون له الا أن يرجع على سائر المتقاسمين بنقض القسمة بسبب الغبن اذا كان الغبن يزيد على الخمس طبقا لنص المادة ٨٤٥ مدني ، ومن المقرر أن نقض القسمة بسبب الغبن مقصور فقط على القسمة الحاصلة بالتراضي دون القسمة القضائية ، ولا غرابة في ذلك فان المشرع قد أسقط ضمان العيوب الخفية ذاته في البيوع القضائية (م ٤٥٤ مدني) ·

والمادة ٨٤٤ تتناول التعرض والاستحقاق الصادرين من الغير لا المتقاسم ·

فاذا كان التعرض أو الاستحقاق صادرا من الغير طبق حكم المادة المذكورة ·

وتعرض الغير الذي يضمنه المتقاسم هو التعرض القانوني اذ أن المتقاسم شأنه في ذلك شأن البائع لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير(٤) ·

---

(٣) ولا يكون أمام المتقاسم الا أحد أمرين الأول : أن يحبس الثمن أو المعدل حتى يزول التعرض ـ ما لم يمنعه عن ذلك شرط في العقد ـ وذلك قياسا على حكم المادة ٢/٤٥٧ مدني الواردة بخصوص البيع · والثاني : أن يسلم للغير بحقه فيقع الاستحقاق ويتوافر الشرط الأول ، ولكن هذا التسليم يقع تحت مسئوليته (أحمد سلامة ص ٤٢١ هامش (٢) ـ عرفة ص ٢٢٣ ـ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٣) ·

(٤) فاذا قام الغير بأى فعل مادي يخل بانتفاع المتقاسم بما اختص به =

والتعرض القانونى هو الادعاء بحق سواء كان هذا الحق هو حق الملكية أو كان حقا عينيا آخر كالانتفاع أو الرهن أو كان حقا شخصيا بشرط أن يكون نافذا فى مواجهة المتقاسم الذى وقع عليه التعرض ويكون من شأنه ان ينتقص من قيمة المال الذى اختص به ، كما لو تبين ان العين التى اختص بها فى القسمة مؤجرة من المورث بأجر يقل عن أجر المثل .

ويجب بطريق القياس تطبيق القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٢/٤٤٥ مدنى بخصوص البيع ، فلا يضمن المتقاسم حق الارتفاق اذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان قد أشير اليه فى القسمة .

ولما كان الرأى السائد فى البيع يقيس على الارتفاق سائر التكاليف، فكذلك فى القسمة .

وعلى ذلك فانه فى المثل السابق الذى تكون فيه العين مؤجرة بأقل من أجل المثل لا يكون للمتقاسم الرجوع الا اذا كانت القسمة أو أوراق أخرى كمراسلات المتقاسمين قد خلت من الاشارة الى عقد الايجار(٥) .

وقد يكون التعرض عن طريق رفع دعوى للمطالبة بالحق المدعى به - وهذا هو الغالب - الا أنه قد يقع دون رفع دعوى كأن يعتقد المتقاسم ان الغير على حق فيما يدعيه فيقوم بشراء العين المدعى بالحق عليها من مالكها الذى يتعرض ، أو يسلم المتقاسم للمتعرض بما يدعيه أو يصالحه عليه . ولكن للمتقاسمين المدينين بالضمان فى هذه الحالة أن يثبتوا أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما ادعاه المتقاسم وعندئذ يفقد الأخير حقه فى الرجوع بالضمان .

= فى القسمة كاغتصاب العين ، فلا يسأل عن ذلك المتقاسمون الآخرون وعلى من وقع عليه التعرض أن يحمى حقه بالوسائل التى يخولها له القانون - محمد على عرفة ص ٢٢٣ .

(٥) اسماعيل غانم ص ٢٥٩ - منصور مصطفى منصور ص ٢٢٣ .

أما الاستحقاق فيتم بالحكم للأجنبى بملكية حصة المتقاسم الدائن بالضمان كلها أو باستحقاقه لجزء منها(٦) ٠

اما اذا وقع التعرض من احد المتقاسمين فانه يتعين التفرقة بين التعرض المادى والتعرض القانونى ٠

فاذا كان التعرض ماديا امتنع على المتقاسم التعرض المادى لمتقاسم آخر ، وهذا بالتطبيق للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ١٤٨/١ مدنى التى تقضى بأنه : (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) ، فاذا كان فى الأموال الشائعة متجر وقع مفرزا فى نصيب احد المتقاسمين لم يجز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضا ماديا للمتقاسم الذى وقع فى نصيبه المتجر ، فيقيم متجرا آخر ينافسه ويعمل على ضرب عملاء المتجر الأول(٧) ٠

أما اذا كان التعرض قانونيا ، كأن كان أحد الأموال التى شملتها القسمة ملكا لأحد المتقاسمين فوقعت فى نصيب متقاسم آخر ، فقد انقسم الرأى بشأنه فذهب رأى الى عدم التزام المتقاسم بعدم التعرض ، اد يجوز لهذا المتقاسم أن يسترد العين من المتقاسم الآخر ولا يمنعه من ذلك التزام بالضمان ذلك ان القسمة كاشفة عن الحق لا ناقلة له ، والمالك للعين لم ينقل ملكيتها بالقسمة للمتقاسم الآخر ، فليس عليه التزام بالضمان ٠ وانما يجوز فى هذه الحالة ابطال القسمة للغلط كما يجوز بعد أن يسترد المالك العين المملوكة له أن يطلب المتقاسم الذى وقعت هذه العين فى نصيبه نقض القسمة للغبن اذا توافرت شروطه أو يرجع بضمان الاستحقاق ـ على النحو الذى سيرد تفصيله ـ وهذه الأحكام عينها هى التى يجب تطبيقها حتى اذا وقعت

---

(٦) محمد على عرفة ص ٤٤٨ ٠
(٧) السنهورى ص ١٢٩١ ٠

العين فى نصيب المتقاسم نفسه الذى يملكها ملكا خاصا ، فان لهذا المتقاسم ان يرجع بضمان الاستحقاق على المتقاسمين معه ، كما له أن يطلب ابطال القسمة للغلط أو نقضها للغبن(٨) ٠

وذهب راى آخر — نؤيده — الى ان المتقاسم يلتزم بعدم التعرض القانونى ، وأن القول بعدم التزامه يتعارض مع القسمة التى وافق عليها ، وتكون وسيلة هذا المتقاسم لاسترداد ماله ان يطعن فى القسمة بالغلط فيبطلها فيترتب على ابطالها أن يعود اليه ماله(٩) ٠

والضمان واجب فى المنقول كما هو واجب فى العقار ، فالمتقاسمون يضمنون لبعضهم وجود الحق الذى وقع فى نصيب بعضهم وكذلك فانه واجب سواء احصلت القسمة وديا أو قضائيا(١٠) ٠

١٤٧ — الشرط الثانى : الا يكون الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه :

رغم أن القواعد العامة توجب هذا الشرط الا أن المشرع نص عليه صراحة فى عجز الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدنى ٠ فاذا كان الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه وجب ان يتحمل المتقاسم وحده نتيجة خطئه ولا يسأل عنها الا نفسه ٠

رغم أن المادة قررت امتناع الضمان اذا كان الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم (نفسه) ، الا اننا نؤيد ما ذهب اليه البعض(١١) من أن كلمه (نفسه) ليست أكثر من طريقة للتعبير ، بمعنى أن امتناع الضمان يتأتى أيضا لو كان الخطأ الذى أدى الى الاستحقاق قد صدر من شخص يسأل

---

(٨) السنهورى ص ١٢٩١ — اسماعيل غانم ص ٢٦٧ ٠
(٩) أحمد سلامة ص ٤٢٣ — منصور مصطفى منصور ص ٢٢٩ ٠
(١٠) محمد كامل مرسى ص ٢٣٩ ٠
(١١) أحمد سلامة ص ٤٢٤ ٠

المتقاسم عن فعله ، أو شخص ينفذ فعله في حق المتقاسم . ومن أمثلة الحالات التي يكون فيها الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم ما يلي :

١ ـ أن تكون العين التي وقعت في نصيب المتقاسم ، في حيازة آخر لم يستكمل مدة التقادم ، وأهمل المتقاسم في قطع المدة وإسترداد العين حتى اكتملت مدة التقادم واصبحت العين مملوكة للحائز(١٢).

وفي هذا تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي : (ويسقط الضمان كذلك اذا كان سببه راجعا الى خطأ المتقاسم ، كأن أهمل في قطع التقادم)(١٣) .

٢ ـ أن يسلم المتقاسم الدائن بالضمان بما يدعيه الغير من حقوق وقام باقي المتقاسمين باثبات أن هذا الغير لم يكن على حق فيما يدعيه(١٤) .

٣ ـ اذا رفع الغير على المتقاسم الدائن بالضمان دعوى استحقاق فلم يخطر باقي المتقاسمين بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي ، وقام باقي المتقاسمين باثبات أنهم لو أخطروا وتدخلوا في الدعوى لأدى تدخلهم الى رفض الدعوى .

وقد قيس هذا الفرض على الفرض المنصوص عليه صراحة في ضمان الاستحقاق في البيع ، اذ تنص المادة ٣/٤٤٠ مدني على ما يأتي : (واذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي ، فقد حقه في الرجوع بالضمان اذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي الى رفض دعوى الاستحقاق) .

٤ ـ أن يمنح المتقاسم الدائن المدين أجلا وتعرض بذلك لضياع حقه بسبب اعسار المدين خلال الأجل الذي منحه اياه .

---

(١٢) السنهوري ص ١٢٩٤ .
(١٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٢٨ .
(١٤) أحمد سلامة ص ٢٢٤ .

١٤٨ - الشرط الثالث : أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة :

يقتضى هذا الشرط أن يكون الحق الذى يدعيه الغير على العين التى آلت الى المتقاسم الدائن بالضمان ، قد نشأ قبل وقوع القسمة ٠

فلا يقوم الضمان اذا نزعت ملكية العين من يد المتقاسم للمنفعة العامة بعد القسمة ، أو اذا اكتملت مدة التقادم المكسب لمصلحة الغير بعد وقوع القسمة بوقت كاف ، ذلك أنه اذا لم يكن هذا الوقت كافيا لاكتشاف المتقاسم للتقادم والقيام باجراء لقطعه فان اعتبارات العدالة والمساواة بين المتقاسمين تقتضى القول بأن الاستحقاق يعتبر سابقا على القسمة(١٥) ٠

أما اذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم قبل القسمة فصارت العين مملوكة له قبل أن تقع بالقسمة فى نصيب المتقاسم فان ضمان الإستحقاق يقوم فى هذا الفرض لأن سبب الاستحقاق وهو التملك بالتقادم قد تحقق قبل القسمة ، فكان الاستحقاق راجعا لسبب سابق على القسمة(١٦) ٠

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(لا يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما يقع من تعرض أو استحقاق الا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة ، فيمتنع الضمان اذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة) ٠

« طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦ »

١٤٩ - الشرط الرابع : ألا يوجد شرط صريح يعفى من الضمان :

فلا يكفى لاسقاط الضمان وجود شرط ضمنى على الاسقاط ، ومن باب

---

(١٥) السنهورى ص ١٢٩٣ - أحمد سلامة ص ٤٢٣ وما بعدها ٠
(١٦) السنهورى ص ١٢٩٣ ٠

أولى لا يكفى أن يكون المتقاسم على علم بالسبب الذى قد يؤدى الى الاستحقاق .

كما لا يكفى لتوافر شرط الاعفاء من الضمان أن يكون هناك شرط عام يعفى من الضمان كما هو الحكم فى البيع(١٧) حيث يكفى الاتفاق على الاعفاء من الضمان بشرط عام أى لا يقتصر على سبب معين أو نوع معين . بل يجب لذلك أن يكون هناك اتفاق يذكر صراحة سبب الاستحقاق الذى يراد الاعفاء من الضمان فى شأنه . ويرجع هذا التشدد من جانب الشارع الى حرصه على أن تتحقق المساواة بين المتقاسمين بقدر الامكان . ولا يشترط أن يرد الشرط الصريح بالاعفاء من الضمان فى سند القسمة ذاته ، بل يصح أن يكون فى ورقة مستقلة أو فى مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين(١٨) .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٤٤ يشترط أن يكون الاعفاء من الضمان واردا فى سند القسمة ذاته ، الا أن لجنة المراجعة حذفت هذا الشرط(١٩) .

ولا يحول سقوط الضمان دون طلب نقض القسمة للغبن اذا كانت شروطه متوافرة .

---

(١٧) وذلك على عكس الحال فى التقنين المدنى القديم فقد قضت محكمة النقض بأن : (القواعد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم . وعلى ذلك فالمتقاسم الذى يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فيها مهدد بخطر الاستحقاق لسبب أحيط به علما من طريق من تقاسم معه أو من أى طريق آخر لا يسوغ له ، فى حالة الاستحقاق ، أن يرجع على قسيمة الا بقيمة ما استحق وقت القسمة ، لأن تعيين قيمة الأموال المستحقة فى عقد القسمة يقابل تعيين الثمن فى عقد البيع ، والمقرر فى أحكام عقد البيع ، على ما يستفاد من نص المادة ٢٦٥ من القانون المدنى ، أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشترى عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق وأنه مع هذا العلم لا حاجة الى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشترى الرجوع على البائع بأى تعويض فى حالة الاستحقاق) .

« **طعن رقم ١٢٠ لسنة ١٥ ق - جلسة ١٠/١٠/١٩٤٦** »

(١٨) السنهورى ص ١٢٩٧ وما بعدها - اسماعيل غانم ص ٢٦٣ .

(١٩) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٥ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ اول ابريل سنة ١٩٧٥ فى الطعن رقم ٥١ لسنة ٤٠ ق بأن :

(مفـاد نص المـادة ٢/٨٤٤ من القانون المدنى ، أنه لا محل للضمان فى القسمة اذا وجد شرط صريح فى العقد يقضى بالاعفاء من الضمان وذكر فى هذا الشرط سبب الاستحقاق بالذات المراد الاعفاء من ضمانه) ٠

١٥٠ ـ احـكام الضمان لا تتعلق بالنظام العام :

أحـكام الضمان فى القسمة وكذلك البيع لا تتعلق بالنظام العام ٠ ومن ثم فانه يجوز الاتفاق على تعديلها بالزيادة أو النقص أو الاسقاط ٠

فقد نصت المـادة ٤٤٥ مدنى فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فى البيع على أن :

(يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصـا منه ، أو يسـقطا هذا الضمان ٠

ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى ٠

ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه اذا كان البـائع قد تعمد اخفاء حق الاجنبى) ٠

ومثـل الاتفاق على زيادة الضمان اشتراط ضمان نزع ملكية العين بعد القسمة واشتراط ضمان يسار المدين عند الوفاء ٠

ومثـل الاتفاق على انقاص الضـمان اشـتراط عـدم ضـمان حقوق الارتفاق ٠

ويقع باطـلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه اذا كان المتقاسمون قد تعمدوا اخفاء حق الارتفاق ذلك أنهم يكونون قد ارتكبوا غشـا واشترطوا عدم مسئوليتهم عنه ، ولا يجوز طبقا للقواعد العامة اشتراط عدم المسئولية

عن الغش حتى لو كانت المسئولية عقدية(١٩ مكرر) ٠

ويفترض فى حق الارتفاق أن المتقاسمين قد اشترطوا عدم الضمان اذا كان هذا الحق ظاهرا ، أو كان المتقاسمون قد أبانوا عنه للمتقاسم الدائن بالضمان ، فيكفى اذن ان يكون المتقاسم عالما بحق ارتفاق قائم على العقار ويكون علمه آتيا من طريق ظهور هذا الحق أو الابانة عنه حتى يكون هذا العلم بمثابة شرط بعدم الضمان ، وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفى(٢٠) ٠

الآثار التى تترتب على الضمان

١٥١ - المبدأ الذى يحكم آثار الضمان :

لم يعرض الشارع لواجب المتقاسم الذى يحصل له التعرض وباقى المتقاسمين الذين يلتزمون بالضمان ٠ ومن ثم يجب تطبيق القواعد التى وضعها بخصوص عقد البيع مع مراعاة عدم تطبيق الأحكام التى لا تتفق وطبيعة القسمة على نحو ما أوضحناه سلفا ٠

وعلى ذلك اذا قام المتقاسم الدائن بالضمان باخطار باقى الشركاء بالدعوى المرفوعة عليه فى وقت ملائم ، فتدخلوا فى الدعوى وحكم برفض ادعاء المتعرض فيكون الالتزام بالضمان قد نفذ عينا ولا محل لضمان الاستحقاق ، وان حكم باستحقاق للمدعى وجب عليهم ضمان الاستحقاق ٠

وعلى ضوء ما تقدم نعرض فى البند التالى للأحوال التى يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان ٠

(١٩ مكرر) السنهورى ص ١٢٩٦ - اسماعيل غانم ص ٢٦٣ ٠
(٢٠) السنهورى ص ١٢٩٦ ٠

١٥٢ - الأحوال التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان :

يكون للمتقاسم الدائن بالضمان اذا استحقت العين التي آلت اليه الرجوع على باقي المتقاسمين بالضمان في الحالات الآتية :

١ - اذا قام المتقاسم الدائن باخطار باقي المتقاسمين بدعوى الاستحقاق في وقت ملائم(٢١) ، ولم يتدخلوا في الدعوى وحكم بالاستحقاق للمدعي ، ولم يثبتوا أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس من المتقاسم الدائن أو نتيجة خطأ جسيم منه ٠

وفي هذا تنص المادة ٤٤٠ مدني على أنه : « اذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ، كان على البائع بحسب الأحوال ، ووفقا لقانون المرافعات أن يتدخل في الدعوى الى جانب المشترى أو أن يحل فيها محله ٠

فاذا تم الاخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى ، وجب عليه الضمان الا اذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه) ٠

٢ - اذا قام المتقاسم الدائن بالضمان باخطار باقي المتقاسمين بدعوى الاستحقاق فلم يتدخلوا في الدعوى ، وأقر المتقاسم الدائن وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، ولم يستطع باقي المتقاسمين اثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه ٠

وفي هذا تقضي المادة ٤٤١ مدني بأن : (يثبت حق المشترى في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا

---

(٢١) وليس للاخطار شكل خاص ، فيصح أن يكون شفهيا ، ويقع عبء اثبات حصوله على الدائن مستحق الضمان ٠

الحق دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه) .

٣ - اذا لم يخطر المتقاسم الدائن بالضمان باقى المتقاسمين بدعوى الاستحقاق ، وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، ولم يثبت باقى المتقاسمين أن تدخلهم كان يؤدى الى رفض دعوى الاستحقاق .

وفى هذا تقضى المادة ٣/٤٤٠ مدنى بأن : (واذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى فقد حقه فى الرجوع بالضمان اذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى الى رفض دعوى الاستحقاق .

٥ - اذا سلم المتقاسم للمعترض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت باقى المتقاسمين أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه(٢٢) .

قيمة الضمان المستحق للمتقاسم الدائن بالضمان :

تتحد قيمة الضمان المستحق للمتقاسم الدائن بالضمان ، على ضوء حالات ثلاثة :

الأولى : أن يحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلى .

الثانية : أن يحكم للمتعرض بالاستحقاق الجزئى .

الثالثة : أن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد توقى الضمان بدفع مبلغ من النقود أو شىء آخر فى مقابل حصته .

ونعرض لهذه الحالات فيما يأتى :

---

(٢٢) السنهورى ص ١٢٩٨ وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص ٢٢٥ .

١٥٣ - (أ) حالة الحكم بالإستحقاق الكلي :

في هذا الفرض ينجح المتدرض في اثبات ملكيته للعين التي وقعت في نصيب المتقاسم الدائن بالضمان وفي استردادها من تحت يد المتقاسم . ويكون للمتقاسم الدائن بالضمان الرجوع على باقي المتقاسمين بالتعويض .

ونظرا لأن المادة ٨٤٤ لم تفصل عناصر التعويض ، فانه يرجع في هذا الشأن الى نص المادة ٤٤٣ بحسبانها تتضمن القاعدة العامة في هذا الشأن .

وهذه المادة تنص على عنصرين للتعويض :

الأول : قيمة العين :

المادة ٤٤٣ وان حددت هذه القيمة بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، الا أن المادة ٨٤٤ حددتها صراحة بقيمتها يوم القسمة . فتكون قد خرجت في هذا الشأن عن حكم المادة ٤٤٣ .

وسبب الخلاف بين البيع والقسمة في هذا الشأن ، يرجع الى ما بينهما من فرق ، فالبيع عقد مضاربه يعرض المشترى للكسب او الخسارة ، ومن ثم يستحق قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا وقت البيع فان زادت القيمة ربح وان قلت خسر وطبيعة عقد البيع تسمح بذلك ، اما القسمة فهي عقد مساواة تامة وليس فيها شبهة المضاربة ومن ثم تتحدد قيمة العين وقت القسمة حتى لا يفيد المتقاسم ولا يضار من الاستحقاق(٢٣) .

وبعد ان تحدد قيمة العين وقت القسمة فان هذه القيمة تقسم طبقا لما نصت عليه المادة ١/٨٤٤ مدني من أنه : (... ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ... فاذا كان أحد المستحقين

---

(٢٣) السنهوري ص ١٣٠٠ وما بعدها - احمد سلامة ص ٤٢٨ - اسماعيل غانم ص ٢٦٤ .

معسرا ، وزع القدر الذى يلزمة على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين) .

ومن ثم فان قيمة العين توزع على جميع المتقاسمين ـ بما فيهم مستحق الضمان ـ فيكون لهذا المستحق أن يرجع على زملائه كل بحسب حصته بعد أن يتحمل هو نصيبا من قيمة العين بحسب حصته ، فاذا كان أحد الشركاء المتقاسمين معسرا قسم نصيبه على من لم يعسر بما فيهم مستحق الضمان ، ويكون لهذا الأخير أن يقتضى من كل زميل نصيبه فى قيمة العين التى استحقت مضافا اليه نصيبه فى حصة من أعسر ، ويتحمل هو بدوره نصيبه فى العين ونصيب فى حصة من أعسر(٢٤) .

الثانى : ملحقات قيمة العين .

نصت المادة ٤٤٣ مدنى على أنه :

(اذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع :

(١) قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

(٢) قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع .

(٣) المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان البائع سيىء النية .

(٤) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠ .

(٥) وبوجه عام ، تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

---

(٢٤) أحمد سلامة ص ٤٢٨ .

كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله) .

وعلى ذلك تشمل ملحقات قيمة العين التى يلتزم بها المتقاسمون الآخرون بأدائها الى المتقاسم الدائن بالضمان ما يأتى :

١ ـ الفوائد القانونية لقيمة العين المستحقة وقت القسمة .

٢ ـ قيمة الثمار التى ألزم المتقاسم الدائن بالضمان بردها لمن استحق المبيع .

٣ ـ المصروفات النافعة التى لا يستطيع المتقاسم الدائن بالضمان أن يلزم بها المستحق والمصروفات الكمالية اذا كان باقى المتقاسمين سيئى النية .

وواضح أن المادة لم تنص على المصروفات الضرورية ، وهى المصروفات اللازمة لحفظ العين وصيانتها ، لأن هذه المصروفات يلتزم بها المستحق فى جميع الأحوال أى سواء كان باقى المتقاسمين حسنى النية أم سيئى النية عملا بالمادة ١/٩٨٠ مدنى التى تقضى بان : (على المالك الذى يرد اليه ملكه أن يؤدى الى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية) .

أما المصروفات النافعة كاقامة طابق جديد بمنزل أو استصلاح أرض بور ، فانه يسرى فى شأنها أحكام المواد ٢/٩٨٠ ، ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدنى .

فقد نصت المادة ٢/٩٨٠ على أن : (أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥) .

ونصت المادة ٩٢٤ على أنه : (اذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب ازالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض ان كان له وجه .

وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت او أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة ، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ٠

ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها ان كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا ، الا اذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة) ٠

ونصت المادة ٩٢٥ على أنه : (اذا كان من أقام المنشآت المشار اليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في اقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الازالة ، وانما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمال أو يدفع مبلغا يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها ٠

ألا أنه اذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل) ٠

وتطبيق المواد سالفة الذكر يؤدى الى تحمل المتقاسم مستحق الضمان بعد أن يسترد من المستحق المبلغ الذى يسمح به القانون على نحو ما ذكر ، خسارة هى الفرق بين قيمة ما أقامه وقت الاستحقاق والمبلغ الذى استرده من المستحق ، وهذه الخسارة يرجع بها المتقاسم مستحق الضمان على باقى المتقاسمين ٠

أما المصروفات الكمالية فقد الزم النص بها باقى المتقاسمين اذا كانوا سيئى النية أى اذا كانوا عالمين وقت القسمة بسبب الاستحقاق ، لأن المدين في المسئولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول ، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمرا غير متوقع ٠ فاذا كان البائع سىء النية أى

كان يعلم بحق الأجنبي فيسأل في هذه الحالة عن الضرر ، ولو كان غير متوقع ويحق للمتقاسم اذن أن يرجع عليه بالمصروفات الكمالية(٢٥) .

ومن أمثله المصروفات الكمالية نفقات المصعد اذا كان المألوف في مثل العقار المتقاسم فيه - حتى ولو بعد بناء طبقة جديدة - ألا يكون فيه مصعد وأن العقار ليس في أية حاجة اليه ، وكذا فان مصاريف دهان الحيطان وزخرفتها في الغالب مصاريف كمالية .

٤ - مصاريف دعوى الاستحقاق التي حكم بها على المتقاسم الدائن بالضمان بعد أن خسر الدعوى ، ومصاريف دعوى ضمان الاستحقاق التي رفعها الأخير على باقي المتقاسمين ، ولكن لا يحق له الرجوع عليهم بالمصروفات التي كان يستطيع أن يتقيها لو أنه أخطر باقي المتقاسمين بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ، لأن هذه المصروفات كانت نتيجة تقصير وخطأ منه .

ويقع على عاتق باقي المتقاسمين عبء اثبات أنه كان من الممكن اتقاء هذه المصاريف لو تم اخطارهم في الوقت المناسب .

كما تشمل هذه المصاريف ما أنفقه المتقاسم الدائن بالضمان في الحصول على مستندات تفيده في الدعوى اذا ثبت أن هذه المستندات كانت موجودة لدى باقي المتقاسمين(٢٦) .

٥ - وبوجه عام يعوض مستحق الضمان عما لحقه من خسارة . غير أنه لا يجوز له أن يطلب التعويض عما فاته من كسب ، كما هو الشأن في المشتري عملا بالمادة سالفة الذكر ، لأن القسمة ليست من عقود المعاوضة

---

(٢٥) مذكرة المشروع التمهيدي عن المادة ٤٤٣ مدني - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩٦ .

(٢٦) الدكتور عبد الودود يحيى دروس في العقود المسماة البيع والتأمين ١٩٧٨ ص ١٣١ .

مثل البيع ، كما أنها كاشفة فالمتقاسمون لم يلتزموا فيما بينهم بنقل ما أفرز لكل متقاسم حتى يقال أن هناك اخلالا بالتزام يقتضى تعويض الدائن عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب . ومن ثم لو ترتب على الاستحقاق فوات صفقة رابحة على مستحق الضمان فانه لا يعوض عنها(٢٧) .

١٥٤ - (ب) حالة الحكم بالاستحقاق الجزئى :

تنص المادة ٤٤٤ مدنى على أنه : (اذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلا بتكليف وكانت خسارة المشترى قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

فاذا اختار المشترى استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له الا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق) .

وقد ذهب الدكتور السنهورى الى أنه يصعب فتح باب الخيار للمتقاسم على النحو الوارد بالمادة بشأن البيع ، وهو رد ما بقى من المبيع الى البائع أو استبقائه لأن المتقاسمين لم ينقلوا له ملكية حتى يضمنوها على الوجه المبين فى النص ، هذا الى أن رد الباقى من العين معناه فسخ القسمة واجراء قسمة جديدة ، وهذا أمر غير مرغوب فيه الا للضرورة ، ومن ثم يرى - بحق - الاقتصار فى الاستحقاق الجزئى فى القسمة على التعويض وأن ليس للمتقاسم أن يرد ما بقى من العين(٢٨) .

ومن أمثلة حالات الحكم بالاستحقاق الجزئى ، استحقاق جزء من العين ذاتها ، أو ترتيب حق انتفاع أو ارتفاق على العين .

---

(٢٧) السنهورى ص ١٣٠١ وما بعدها - أحمد سلامة ص ٤٢٩ وهامش (١) - اسماعيل غانم ص ٢٦٥ - وقارن منصور مصطفى منصور ص ٢٢٧ وما بعدها اذ يرى التسوية بين ضمان البائع وضمان المتقاسمين .

(٢٨) السنهورى ص ١٣٠٢ .

وفى حالات الاستحقاق الجزئى يرجع المتقاسم الدائن بالضمان على بقية الشركاء طبقا للتفصيل الذى ذكرناه فى حالة الحكم بالاستحقاق الكلى: فهو يرجع عما أصابه من خسارة دون نظر الى ما فاته من كسب ، مع تحديد قيمة العين بالنظر الى وقت القسمه ، ومع تحمله نصيبا فى التعويض ونصيبا فى حصة من أعسر بقدر حصته .

١٥٥ - (ج) توقي المتقاسم الدائن بالضمان استحقاق النصيب الذى آل اليه كله أو بعضه :

تنص المادة ٤٤٢ مدنى على أنه : (اذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شىء آخر ، كان للبائع ان يتخلص من نتائج الضمان بان يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه او قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات) .

وهذا الحكم ينطبق بطريق القياس على القسمة بل ان القسمه اولى من البيع بالابقاء عليها عن هذا الطريق الميسر(٢٩) .

فقد يتوقى المتقاسم الدائن بالضمان استحقاق النصيب الذى آل اليه فى القسمة استحقاقا كليا أو جزئيا بان يتفق مع المتعرض على أن يدفع له بدلا من النصيب الذى آل اليه كله أو بعضه مبلغا من النقود أو أى شىء آخر . وفى هذه الحالة يكون لباقى المتقاسمين التخلص من نتائج الضمان بأن يردوا الى المتقاسم الدائن بالضمان المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، وذلك بعد خصم نصيب الأخير فى ذلك كله بقدر حصته ، اعمالا لمبدأ المساواة فى القسمة(٣٠) .

وبداهة يعزف المتقاسمون عن استعمال هذه الرخصة اذا تبين لهم أن

---

(٢٩) السنهورى ص ١٣٠٤ - أحمد سلامة ص ٤٢٧ .
(٣٠) أحمد سلامة ص ٤٢٧ .

المبالغ التى سيردونها للمتقاسم الدائن بالضمان تزيد على المبالغ التى يلتزمون بها وفقا لأحكام الضمان ٠

ويستطيع الدائن المستحق للضمان الرجوع على باقى المتقاسمين بما توقى به استحقاق النصيب الذى آل اليه ، سواء كان قد أخطرهم بدعوى المتعرض أو لم يخطرهم ، وسواء تدخلوا فى الدعوى أو لم يتدخلوا ، ولكن يفترض أن يكون باقى المتقاسمين قد أفادوا من فعل المتقاسم الدائن بالضمان ، فاذا كانوا لم يفيدوا من ذلك كأن أثبتوا أن دعوى المتعرض كانت سترفض ، فلا يمكن القول فى هذه الحالة أن المتقاسم توقى الاستحقاق ، وبالتالى لا يلتزم باقى المتقاسمين بأن يردوا له ما دفعه للمتعرض(٣١) ٠

ويجوز أن يكون الاتفاق الذى تم بين المتقاسم الدائن بالضمان والمتعرض صلحا دون دفع مبلغ من النقود ، فقد يكون للمستحق حق ارتفاق للعين ينكره المتعرض ، فيتفق مع المتقاسم الدائن بالضمان على أن يكف عن انكاره فى نظير ترتيب حق ارتفاق مقابل لعقار المتعرض على العين ٠ وفى هذه الحالة لا يتخلص باقى المتقاسمين من الضمان الا بدفعهم قيمة حق الارتفاق الجديد الذى أنشىء على العين والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت انشاء حق الارتفاق ومصروفات الصلح ، وذلك كله بعد استنزال نصيب المتقاسم مستحق الضمان فى هذه المبالغ بنسبة حصته(٣٢) ٠

ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق الا اذا كان المتقاسم الدائن بالضمان قد توقى استحقاق النصيب الذى آل اليه باتفاقه مع المستحق واحتفظ به نتيجة لذلك ٠ أما اذا قضى للمستحق بما يدعيه فتطبق القواعد العامه

---

(٣١) الدكتور عبد الودود يحيى – دروس فى العقود المسماة البيع والتأمين ١٩٧٨ ص ١٢٤ وما بعدها ٠
(٣٢) السنهورى ص ١٣٠٤ وما بعدها ٠

ويرجع هذا المتقاسم بالتعويض على باقى المتقاسمين كما أوضحنا سلفاً حتى لو كان الدائن المستحق بالضمان بعد صدور الحكم قد اتفق مع المستحق على أن يحتفظ بالنصيب الذي آل اليه مقابل مبلغ من النقود أو أى شىء آخر يدفعه للمستحق ، لأننا فى هذه الحالة لا نكون بصدد توقى الاستحقاق(٣٣)٠

١٥٦ ـ التزام الضمان مكفول بامتياز المتقاسم :

تنص المادة ١١٤٦ مدنى على أن : (للشركاء الذين اقتسموا منقولا ، حق امتياز عليه تامينا لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة، وفى استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل ٠

وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التى لامتياز البائع ، فاذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ) ٠

كما تنص المادة ١٤٤٩ مدنى على أن : (للشركاء الذين اقتسموا عقارا ، حق امتياز عليه تامينا لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة ٠ ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد) ٠

وواضح من المادتين ان حق الامتياز مقرر تامينا لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل من المتقاسمين على الآخرين بسبب القسمة ٠ فيدخل فى ذلك حالة ما اذا استحق نصيب أحد الشركاء فى المنقول أو العقار ، فيضمن الامتياز التعويض الذى يقرر له فى مواجهة الشركاء الآخرين(٣٤) ٠

١٥٧ ـ تقادم الالتزام بالضمان :

لم ينص القانون على مدة خاصة لتقادم الالتزام بالضمان الناشىء من

---

(٣٣) عبد الودود يحيى ص ١٢٥ ٠
(٣٤) محمد على عرفة ص ٤٥٠ ـ محمد كامل مرسى ص

القسمة بين المتقاسمين . ولذلك يجب الرجوع الى القواعد العامة ، وهى تقضى بتقادم الالتزام بمضى خمس عشرة سنة (م ٣٧٧ مدنى) .

وقد ذهب بعض الشراح الى أن هذه المدة تبدأ فى السريان من وقت وقوع القسمة .

بينما ذهب البعض الآخر - بحق - الى أن هذه المدة تسرى من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق وذلك بصريح المادة ٢/٣٨١ مدنى فهى تنص على أنه بالنسبة الى ضمان الاستحقاق لا يسرى التقادم (الا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق) وأن هذا النص تطبيق لقاعدة عامة تقضى بأن التقادم لا يبدأ فى السريان الا من اليوم الذى يصبح فيـــه الدين مستحق الأداء (م ١/٣٨١ مدنى)(٣٥) .

---

(٣٥) البدراوى ص ١٩٧ - أحمد سلامة ص ٤٣٠ - الصدة ص٢٥٣ .

موضـــوع رقم (٨)
قسمة المهـاياة

١٥٨ - النصوص القانونية :

مادة ٨٤٦ :

(فى قسمة المهاياة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المـال الشائع ، متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء ، ولا يصح هذا الاتفـــاق لمدة تزيد على خمس سنين • فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصــل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحـــدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد •

واذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك • واذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المـال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهـــذا الجزء تستند الى قسمة مهاياة) •

مادة ٨٤٧ :

(تكون قسمة المهاياة أيضا بان يتفق الشركاء على ان يتناوبوا الانتفاع بجميع المـال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته) •

مادة ٨٤٨ :

(تخضع قسمة المهاياة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الاثبات لأحكام عقد الايجار ، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة) •

مادة ٨٤٩ :

(للشركاء أن يتفقوا أثناء اجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية .

فاذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة ، جاز للقاضي الجزئي اذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها ، بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك) .

١٥٩ - تعريف قسمة المهايأة :

قسمة المهايأة هى قسمة مؤقتة لا تنهى حالة الشيوع ، وانما تقتصر على تنظيم الانتفاع بالشىء الشائع بحيث يحصل كل شريك على قدر من منافعه يتناسب مع حصته .

وتستهدف قسمة المهايأة تخلص الشركاء من مشاكل ادارة المال الشائع وما يحيط بهذه الادارة من صعوبات .

وقسمة المهايأة نوعان : مكانية وزمانية .

ونعرض لنوعى قسمه المهايأة فيما يأتى .

أولا : قسمة المهايأة المكانية

١٦٠ - المقصود بقسمة المهايأة المكانية :

تكون قسمة المهايأة مكانية بان يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء (م ٨٤٦ مدنى) فهى من قبيل الافراز بجمع منفعة كل من الشركاء فى قطعة مفرزة من الملك الشائع .

فيكون لكل من الشركاء أن يحوز الجزء المفرز الذى اختص به ويستقل بادارته واستغلاله والانتفاع به دون أن يتقاضى منه باقى الشركاء شيئا ،

نظير عدم مطالبة هؤلاء الشركاء بثمة شيء نظير استقلالهم بالأجزاء التى حازوها .

ومثل ذلك أن يكون المال الشائع أرضا يملكها شريكان فاختص احدهما بالجزء الغربى والآخر بالجزء الشرقى ، أو دارا اختص احدهما بالطابق الأول واختص الثانى بالطابق الثانى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - (قسمة المهاياة . قيامها على انفراد الشريك بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع مقابل تنازله عن الانتفاع بباقى الأجزاء مدة سريان المهاياة) .

٢ - (النص فى الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى يدل على أن للشركاء على الشيوع فى الملكية أن يتفقوا على قسمة المهاياة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع فيستقل بادارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء . ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهاياة يحصل على نصيب باقى الشركاء فى منفعة الجزء الذى اختص به فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى) .

« طعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٩/١٢/٦ »[(١)]

---

(١) كما قضى بأن : (لما كان يبين من تقرير الخبير الذى أخذ به الحكم المطعون فيه أن قسمة مهايأة قد تمت بين المطعون ضده واخوته ، اختص المطعون ضده بمقتضاها بالانتفاع بأحد المنازل للاقامة فيه بينما تنازل عن منفعة نصيبه فى منزلين آخرين لاخوته وكان الحكم قد أعفى من الضريبة ايراد المطعون ضده المفترض من المنزل الذى اختص به ويقيم فيه فعلا طبقا لحكم الفقرة الأخيرة من المادة السادسة من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ٢١٨ لسنة ١٩٥١ . كما استبعد من وعاء الضريبة =

١٦١ - مدة قسمة المهايأة المكانية :

لا يصح أن تزيد مدة قسمة المهايأة المكانية على خمس سنوات (م ١/٨٤٦ مدني) ، فإذا اتفق على مدة أكثر من خمس سنين ، كان الاتفاق فيما زاد على خمس سنوات باطلا لا يلزم الشركاء ، وقد يبطل الاتفاق كله وذلك اذا تبين انه ما كان ليتم الا للمدة المتفق عليها عملا بالمادة ١٤٣ مدني التي تقضي بأنه : (اذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للابطال فهذا الشق وحده الذي يبطل ٠ الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كله) ٠

واذا اتفق على مدة في حدود خمس السنوات ٠ فيجوز بعد انقضاء المدة المتفق عليها ، أو حتى قبل انقضائها ، أن يتفق من جديد على القسمة اما على النحو السابق نفسه أو على نحو آخر وليس هناك ثمة ما يحول دون تجديد الاتفاق على القسمة مرات متعاقبة ٠ واذا اتفق على القسمة ولم تشترط لها مدة ٠ أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن شريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة اشهر انه لا يرغب في التجديد (م ١/٨٤٦ مدني)[٢] ٠

وعلة توقيت قسمة المهايأة المكانية ، أنها تبقى الشيوع قائما بالنسبة للملكية ، وقد رأينا ان الشريك لا يجبر على البقاء في الشيوع في الملكية بموجب الاتفاق لمدة اطول من خمس سنوات ٠

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(القاعدة الواردة بالمادة ١/٨٤٦ من التقنين المدني القائم والتي

= ايراد ما يخصه في المنزلين الآخرين اللذين استقل اخوته بالانتفاع بهما نتيجة للقسمة ، فانه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون) ٠

« طعن رقم ٥٩١ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٧٧/٥/١٤ »

(٢) منصور مصطفى منصور ص ١٣٥ - محمد كامل مرسي ص ٢٥٤ وما بعدها ٠

تقضى بأن اذا اتفق على قسمة المهاياة المكانية ولم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد ، هى قاعدة مستحدثة لم يكن لهـــا نظير فى التقنين المدنى الملغى ، فلا يجوز اعمالها بأثر رجعى على التصرفات الســابقة عــلى تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم) .

« طعن رقم ١٢٧ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧٠/٥/١٩ »(٣)

١٦٢ - تحول قسمة المهاياة المكانية الى قسمة نهائية :

نصت المــادة ٢/٨٤٦ مدنى على أنه : (واذا دامت هذه القسمة خمس عشرة ســـنة ، انقلبت قسمة نهـــائية ، ما لم يتفق الشركاء عــلى غــير ذلك ... الخ) .

وبالترتيب على ذلك اذا دامت قسمة المهاياة المكانية مدة خمس عشرة سنة فانها تتحول بقوة القانون الى قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك ، أى اذا لم يتفقوا مقـــدما على ان قسمة المهاياة لا تنقلب الى قسمة نهائية .

---

(٣) « الأصل فى الدعاوى - وعلى ما جرى به قضاء هـــذه المحكمة - أنها معلومة القيمة ولا يخرج عن هذا الأصل الا الدعاوى التى ترفع بطلب غير قابل للتقدير فتعتبر مجهولة القيمة ، واذ يبين من الحــكم الصــادر فى الدعوى أن المدعى فيها أقامها بطلب الحكم باعتبار عقد قسمة المهاياة المؤرخ ١٩٦٩/١٢/٤ منتهيا وتمسك الطاعنون بأن هذا العقد غير محدد المدة ولا يجوز لأى من الطرفين طلب انهائه الا اذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته المبينة بالعقد ، وقضت المحكمة للمدعى بطلباته تأسيسا على أن العقد قسمة مهايأة مدته سنة فان الدعوى تكون معلومة القيمة ويحتسب رســميا عملا بنص البند الثالث من المــادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ فى شـــأن الرسوم القضائية فى المواد المدنية ، بريع العقار موضوع ذلك العقد عن مدة سنة » .

« طعن رقم ٥٢٧ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٧٧/٤/٧ »

وفى هذا تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى :

(.. وتنقلب المهايأة المكانية الى قسمة نهـائية دون أثر رجعى اذا دامت خمس عشرة سنة ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك . وهـذا تجديد خطير فى المشروع ، ولكنه تجديد له ما يبرره ، فان المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد فى انهائها هى خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا اليها ، وقد وصلوا اليها فعلا بالتجربة واطمأنوا لنتائجها ، فان كانوا يريدون غير ذلك فمـا عليهم الا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تنقلب الى قسمة نهائية(٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١ ـ (يشترط وفقا للمادة ٢/٨٤٦ من القانون المدنى حتى تتحول قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية أن تدوم حيازة الشريك للجزء المفرز من المـال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، وأن لا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدما على خلاف ذلك . واذ كان الثـابت فى الدعـوى أن القسمة ـ قسمة نظر ـ لم تنقلب الى قسمة نهائية لعدم مضى خمس عشرة سـنة من وقت صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى جعل ما انتهى فيه الوقف ملكا للمستحقين حتى تاريخ رفع الدعوى فى ١٩٥٩ ، فان مقتضى ذلك اعتبار البائعين الى الطاعن ما زالوا مالكين لأنصبتهم على الشيوع فى الأعيان التى كانت موقوفة ومن بينها العقار موضوع قسمة النظر)

« طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٣٦ ق ـ جلسة ٢٦ يناير ١٩٧١ »

٢ ـ (قسمة المهايأة المكانية لا تتحول الى قسمة نهائية وفقا للمادة ٢/٨٤٦ من القانون المدنى الا بدوام حيازة الشريك للجزء المفرز من المـال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على خلاف ذلك) .

« طعن رقم ٨٨١ لسنة ٤٥ ق ـ جلسة ١٩٨١/٣/١٩ »

---

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٣٩ .

١٦٣ - ضرورة توافر الأهلية لتحول القسمة الى قسمة نهائية :

يلزم لانقلاب المهايأة المكانية الى قسمة نهائية على النحو المتقدم ان يكون الشركاء الذين تم الاتفاق بينهم ابتداء على المهايأة كامل الأهلية ، فاذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، فلا يجوز التمسك في مواجهته بتحول المهايأة الى قسمة نهائية بعد مضى خمس عشرة سنة على الاتفاق المنشىء لها ، لأن المشرع أوجب مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون لقسمة المال الشائع ان كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية (م ٨٣٥ مدنى) ، فلا يقبل الاحتجاج فى مواجهته بحصول قسمة نهائية لم تتبع فى شأنها هذه الاجراءات التى فرضها المشرع صيانة لمصلحة الشريك ناقص الأهلية(٥) .

١٦٤ - حيازة الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة :

نصت المادة ٢/٨٤٦ مدنى على أن : (... واذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة) .

فقد وضع المشرع فى هذا النص قرينة على أن حيازة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة تستند الى قسمة مهايأة . وهى قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس ، اذ القاعدة فى القرائن عموما أنها قابلة لاثبات العكس ، فاذا لم يثبت العكس فان حيازة الشريك لجزء مفرز مدة

---

(٥) السنهورى ص ١٠٨٣ الهامش — محمد على عرفة ص ٤٥٥ — محمد كامل مرسى ص ٢٥٦ — وقارن عكس ذلك اسماعيل غانم ص ١٨٣ — الصدة ص ٢٥٨ — منصور مصطفى منصور ص ١٩٩ — ويقول اسماعيل غانم أنه : (وما دامت القسمة النهائية فى هذه الحالة ليست قسمة اتفاقية ... كما أنه لا يمنع من انقلاب قسمة المهايأة الى قسمة نهائية أن يكون بين الشركاء شريك غير كامل الأهلية أو غائب ، ولا محل للاستناد الى المادة ٨٣٥ فهى تقتصر على مجرد الاحالة الى قانون الولاية على المال ، وليس فى هذا القانون ما يمنع من تطبيق المادة ٢/٨٤٦ فى هذه الحالة) .

خمس عشرة سنة تؤدى الى خلوص ملكية هذا الجزء مفرزة للشريك الحائز اعمالا لهذه القرينة وللحكم الوارد فى النص معا(٦) .

كما يجوز ايضا لباقى الشركاء أن يثبتوا أنه رغم استناد هذه الحيازة الى قسمة مهاياة ، فانه قد سبق أن اتفق على ألا تنقلب المهاياة الى قسمة نهائية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى تنقلب قسمة المهاياة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة الى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ، كما اعتبر المشرع فى الشق الأخير من تلك الفقرة حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة قرينة قانونية على أن حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة مما مؤداه أنه اذا لم يثبت عكس هذه القرينة فان حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع تؤدى الى ملكيته لهذا الجزء اعمالا لهذه القرينة وللحكم الوارد فى صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ المشار اليها) .

« طعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ »

والشريك الحائز لا يطالب فى هذا الفرض باثبات أن حيازته كانت مستكملة للشروط القانونية ، لأنه لا يستند الى التقادم ، ولكنه يستند الى وقوع القسمة النهائية(٧) وفقا للحكم الخاص الوارد بالمادة ٨٤٦ مدنى فحسبه أن يثبت أن يده استمرت على هذا الجزء المفرز مدة خمس عشرة سنة لكى يعتبر مالكا اياه بأثر كاشف

---

(٦) السنهورى ص ١٠٨٠ - منصور مصطفى منصور ص ١٩٨ - اسماعيل غانم ص ١٨٤ - عبد المنعم الصدة ص ٢٥٨ - وعكس ذلك محمد على عرفة ص ٤٥٦ فيرى أن هذه القرينة قاطعة لأن المشرع لم يصرح باثبات عكسها .

(٧) محمد كامل مرسى ص ٤٥٦ - محمد على عرفة ص ٤٥٦ .

١٦٥ - هل يجب تسجيل قسمة المهايأة المكانية ؟

ذهب رأى فى الفقه الى ان قسمة المهايأة ليست قسمة اتفاقية ، وان كانت ترجع فى أصلها إلى اتفاق على قسمة مهايأة . ذلك ان تحول قسمة المهايأة الى قسمة نهائية انما يتم بقوة القانون ، ولا يصح القول ان هذا التحول انما مبنى على اتجاه ارادة الشركاء اليه ، فقد يجهل الشركاء القاعدة التى تنص عليها المادة ٢/٨٤٦ ، وهى مع ذلك واجبة التطبيق ، فيكون فى تاسيس هذه القاعدة على اتجاه الارادة افتراض مخالف للحقيقة .

وينبنى على ذلك أنه لا حاجة الى تسجيل القسمة اذا كان المال الشائع عقارا ، إذ أن الأساس فى وجوب التسجيل هو نص المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى وهى تنص على تسجيل التصرفات والأحكام المقررة ، فيكون عقد القسمة والحكم الصادر فى القسمة القضائية واجب التسجيل . أما القسمة التى تتم بغير تصرف أو حكم فلا تسجل(٨) .

وذهب رأى آخر الى انه اذا انقلبت قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية بمضى خمس عشرة سنة ، فلابد من كتابة ورقة مثبتة لها ، فان اتفق الشركاء على كتابة هذه الورقة سجلت باعتبارها قسمة نهائية ، ويعتبر تاريخ هذه القسمة من وقت انتهاء المدة المذكورة ، لا من وقت إبتداء المهايأة المكانية . وهذا هو المعنى المقصود من العبارة الواردة فى المذكرة الايضاحية من أن المهايأة المكانية تنقلب الى قسمة نهائية (دون أثر رجعى) ، فليس مقصودا بطبيعة الحال من هذه العبارة أن تكون القسمة النهائية نفسها غير ذات أثر كاشف فهى ككل قسمة لها هذا الأثر(٩) .

---

(٨) اسماعيل غانم ص ١٨٤ ـ منصور مصطفى منصور ص ١٩٩ ـ عبد المنعم الصدة ص ٢٥٨ ، الا أن الدكتور الصدة يذهب الى أنه اذا وجد اتفاق يقر هذه القسمة أو قام نزاع فصدر حكم فى شأنها فان هذا الحكم أو ذاك الاتفاق يجب تسجيله .

(٩) السنهورى ص ١٠٨٤ .

وهذا الرأى يوجب تسجيل القسمة للاحتجاج بها على الغير ، كما هى القاعدة فى القسمة الاتفاقية والقضائية .

وقد اخذت محكمة النقض بالرأى الأخير وقضت بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٦ فى الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٥ ق بأن :

(اذا كان ما حازه الشريك وآلت اليـــه ملكيته عقارا فانه لا يمكن الاحتجاج بهذه الملكية على الغير الا بتسجيل القسمة النهائية التى تحولت اليها قسمة المهايأة . ولا يقدح فى ذلك أن القسمة تحصل فى هذه الحالة بحكم القانون اذ الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ توجب تسجيل كل قسمة عقارية حتى تكون حجة على الغير دون أن تفرق فى ذلك بين القسمة العقارية التى تتم بالاتفاق أو بحكم القاضى أو بحكم القانون ، هذا الى أن الأعمال التحضيرية للمادة ٨٤٦ من القانون المدنى صريحة فى وجوب اتخاذ اجراءات الشهر العقارى بالنسبة للقسمة التى تتحول اليها قسمة المهايأة حيث ورد فى قرار لجنة القـــانون المدنى فى محضر الجلسة السابعة والثلاثين أن النتائج العملية لحـكم الفقرة الثانية تتحقق بالاتفاق أو عند النزاع بحكم ويتبع فى أيهما اجراءات الشهر العقارى) .

١٦٦ - عدم جواز نقض قسمة المهاياة التى تتحول الى قسمة نهـــائية بسبب الغبن :

رأينا فيما سبق أن قسمة المهايأة التى تنقلب الى قسمة نهـائية وان كانت تفترض وجود قسمة مهايأة تتم بالاتفاق . الا أنهـــا ليست قسمة اتفاقية اذ تتحول الى قسمة نهائية بقوة القانون .

ويترتب على عدم اعتبار هذه القسمة اتفاقية أنه لا يجوز طلب نقضها للغبن لأن دعوى نقض القسمة للغبن يقتصر بصريح عبارة المـادة ٨٤٥ على

القسمة الحاصلة بالتراضي(١٠) .

١٦٧ - قسمة المهايأة باتفاق الشركاء او بامر القاضي الى أن تتم القسمة النهائية :

قسمة المهايأة بنوعيها يجب ان تتم باتفاق الشركاء جميعا فلا يكفى فيها الأغلبية أيا كانت .

وفى حالة خاصة تكون قسمة المهايأة بأمر القاضى اذ تنص المادة ٨٤٩ مدنى على أنه : (للشركاء أن يتفقوا أثناء اجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية .

فاذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة ، جاز للقاضى الجزئى اذا طلب منه ذلك احد الشركاء ان يأمر بها بعد الاستعانة بخبير اذا اقتضى الأمر ذلك) .

ويبين من هذا النص أن المشرع أجاز للشركاء أن يتفقوا على قسمة مهايأة مؤقتا - غالبا ما تكون مكانية - أثناء السير فى اجراءات القسمة النهائية حتى تتم هذه وذلك لكى يضع حدا للمنازعات التى تسبق القسمة النهائية .

وهذه القسمة المؤقتة تظل نافذة حتى تتم القسمة النهائية ، وبصرف النظر عن المدة التى تستغرقها اجراءات هذه القسمة ، فهى لا تخضع فى تحديد المدة للاحكام الواردة بالمادة ٨٤٦ مدنى(١١) .

وبناء على ذلك اذا استمرت اجراءات القسمة أكثر من سنة ، فلا يجوز

---

(١٠) السنهورى ص ١٠٨٣ الهامش - عبد المنعم الصدة ص ٢٥٨ - اسماعيل غانم ص ١٨٣ - منصور مصطفى منصور ص ١٩٩ .

(١١) عرفة ص ٤٥٨ - منصور ص ١٣٥ وما بعدها .

انهاء المهايأة المؤقتة باعلان أحد الشركاء الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر ، أنه لا يرغب فى التجديد وفقا لما تقضى به المادة ٨٤٦ مدنى •

واذا تعذر اتفاق جميع الشركاء على هذه القسمة المؤقتة ، جاز لأى من الشركاء أن يطلب من القاضى الأمر بها ، ويامر بها القاضى اذا رأى وجهـا لذلك رغم معارضة باقى الشركاء • وللقاضى أن يستعين بخبير ، وغالبـا ما يكون هذا الخبير هو الذى تدبه لأجراء القسمة النهائية(١٢) •

ثانيا : قسمة المهاياة الزمانية

١٦٨ ـ المقصود بقسمة المهاياة الزمانية :

تنص المادة ٨٤٧ مدنى على أن : (تكون قسمة المهاياة أيضـا بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك • كل منهم لمدة تتناسب مع حصته) •

فقسمة المهاياة الزمانية هى التى يتبادل فيهـا الشركاء منافع المال المشترك أزمانا بحسب حصصهم فيه • والغالب وقوع هـذه القسمة فى المنقولات ، حيث يستحيل أو يتعذر انتفاع سائر الشركاء فى نفس الوقت

---

(١٢) وكانت المادة ١٢٢٠ من المشروع التمهيـدى تنص على أن : (اذا كانت القسمة النهائية ضارة بمصالح الشركاء على الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ ، ولم يكن ميسورا أن يدار المال الشـائع ادارة مشتركة ، فللقاضى الجزئى ، بناء على طلب الشركاء ، أن يأمر بقسمة المهايأة بعد الاستعانة بخبير أو دون استعانة) ، وكانت الفقرة الثانية من المـادة ١٢٠٢ المشار اليها تقضى بأن : (ومع هذا فللمحكمة ، بنـاء على طلب أحد الشركاء ، أن تامر باستمرار الشيوع ، حتى الى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة فى الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك) •

الا أن الفقرة الثانية المذكورة حذفت فى لجنة المراجعة ، فحذفت تبعا لها المـادة ١٢٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٠٠ وما بعدها ، ص ١٣٨ ـــ الهامش) •

فيتفقون على تناوب الانتفاع بها بحسب حصصهم فيها . فان كان لاحدهم الثلث وللآخر السدس وللثالث النصف اقتسموها قسمة مهايأة زمانية على أن ينتفع صاحب النصف ثلاثة أشهر مثلا ، وصاحب الثلث شهرين ، وصاحب السدس شهر وهكذا لابد فى المهايأة الزمانية من تعيين المدة لأنها معيار الانتفاع(١٣) .

١٦٩ - مدة قسمة المهايأة الزمانية :

لم ينظم القانون مدة المهايأة الزمانية كما نظم مدة المهايأة المكانية ، ومن ثم تسرى القواعد العامة فى هذا الشأن . ومقتضى هذه القواعد أنه يجوز للشركاء فى المال الشائع الاتفاق على عدد من دورات التناوب فى الانتفاع بالمال الشائع ، بشرط ألا يترتب على اتفاقهم اجبارهم على البقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنين(١٤) .

١٧٠ - عدم تحول قسمة المهايأة الزمانية الى قسمة نهائية :

لم ينص المشرع على تحول قسمة المهايأة الزمانية الى قسمة نهائية كما فعل بالنسبة لقسمة المهايأة المكانية . لأن قسمة المهايأة الزمانية لا تتحول أبدا الى قسمة نهائية مهما طالت مدتها ، لأنها تبقى المال الشائع شائعا على حاله دون افراز ، وانما تقسم زمن الانتفاع به ، فهى لا تهىء للقسمة النهائية ومن ثم لا يمكن أن تنقلب اليها(١٥) .

احكام تسرى على قسمة المهايأة المكانية والزمانية :

١٧١ - تطبيق قواعد الايجار على قسمة المهايأة :

قسمة المهايأة - كما رأينا - قد تكون مكانية او زمانية .

---

(١٣) عرفة ص ٤٥٧ .

(١٤) السنهورى ص ١٠٨٦ .

(١٥) وقد قضى بأنه : (يجوز تغيير صفة الحائز بعد انتهاء عقد قسمة المهايأة من حائز بسبب وقتى معلوم الى حائز بقصد التملك ، اذا جابه هذا الحائز باقى الملاك المشتاعين بما يفيد قصده القاطع فى التملك) .

« نقض طعن رقم ١٢٧ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧٠/٥/١٩ »

وفى المهايأة المكانية يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، متنازلا فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء فهى اذن منفعة فى مقابل منفعة ، يحصل بمقتضاها كل شريك على الانتفاع بجزء مفرز مساو لحصته دون أن يزاحمه غيره من الشركاء فى مقابل حصول الشركاء الآخرين على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء الأخرى .

وفى المهايأة الزمانية يحصل كل شريك فى نوبته على نصيب باقى الشركاء فى المال الشائع - فيما يتعلق بالانتفاع به - فى مقابل تنازله عن حقه فى الانتفاع بحصته لكل من الشركاء الآخرين كل فى نوبته .

فالمهايأة اذن بنوعيها هى مقايضة انتفاع بانتفاع ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون ايجارا اذ ليس من الضرورى أن تكون الأجرة فى الايجار نقدا .

وفى هذا الاطار يكون كل شريك مؤجرا ومستأجرا . فهو مؤجر لحصته ومستاجر لحصص الشركاء الآخرين(١٦) .

من أجل هذا نصت المادة ٨٤٨ مدنى على أن : (تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الاثبات لأحكام عقد الايجار ، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة) .

(أنظر نقض ١٩٨٩/١٢/٦ المنشور ببند ١٧٤) .

ونعرض فى ضوء ذلك للمسائل الآتية .

١٧٢ - (١) الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير :

فى الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير ، مثل المشترى للمال الشائع ،

---

(١٦) السنهورى ص ١٠٨٦ - محمد على عمران ص ٣٠٧ .

تطبق قواعد الايجار ، فيسرى فى هذا الشأن حكم المادة ٦٠٤ مدنى التى تقضى بأن :

(اذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا الى شخص آخر ، فلا يكون الايجار نافذا فى حق هذا الشخص اذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية ٠

ومع ذلك يجوز لمن انتقلت اليه الملكية أن يتمسك بعقد الايجار ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه) ٠

والعبرة فى ثبوت تاريخ قسمة المهيأة أن يكون سابقا على انعقاد التصرف الذى انتقلت به الحصة الشائعة الى الخلف الخاص ، فلا يكفى أن يكون تاريخها سابقا على تسجيل هذا التصرف ٠

ولا يجوز لمن انتقلت اليه ملكية العين ولم يكن الايجار نافذا فى حقه أنه يجبر المستأجر على الاخلاء الا بعد التنبيه عليه بذلك فى المواعيد المبينة فى المادة ٥٦٣ مدنى (م ٦٠٥/١ مدنى) ٠

فاذا نبه على المستأجر بالاخلاء قبل انقضاء الايجار فان المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضا ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجبر المستأجر على الاخلاء الا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت اليه الملكية نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض (م ٦٠٥/٢ مدنى)(١٧) ٠

١٧٣ – (٢) اهلية المتقاسمين :

لما كان كل شريك فى قسمة المهيأة بنوعيها ، يعتبر مؤجرا لمنفعة حصته ومستأجرا لمنفعة حصص باقى الشركاء ، فانه يجب أن تتوافر فيه

---

(١٧) السنهورى ص ١٠٨٧ وهامش (٣) – منصور مصطفى منصور ص ١٣٦ – اسماعيل غانم ص ١٢٨ وما بعدها (هامش ١) ، ص ١٥٥ ٠

أهليـة كل من المؤجر والمستـاجر · وهى هنـا أهلية الادارة دون أهلية التصرف(١٨) ·

ويترتب على ذلك ما يأتى :

١ ـ أنه لا يجوز للقـاصر المـأذون له بالادارة أن يؤجـر الأراضى الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سـنة الا باذن خاص من المحـكمة أو الوصى فيما يملكه من ذلك (م ٥٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) ·

٢ ـ أنه لا يجوز للولى بغير اذن المحـكمة تاجير عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشـد بسـنة (م ١٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) ·

٣ ـ أنه لا يجوز للوصى تاجير عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى الا باذن من المحـكمة · (م ٣٩/٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) ·

٤ ـ أنه لا يجوز للوصى تاجير عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشـد لأكثر من سـنة (م ٣٩/٨ من المرسـوم بقـانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) ·

٥ ـ أنه لا يجوز تاجير الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد

---

(١٨) والراجح فقها وما اخذت به محكمة النقض ان التاجير من اعمال الادارة ، أما الاستئجار ففيه خلاف · ففى رأى أنه من أعمال الادارة وفى رأى آخر أنه يعتبر ـ بحسب الأصل ـ من أعمال التصرف وفى رأى ثالث أنه قد يكون من أعمال الادارة وقد يكون من أعمـال التصرف · ولا محـل لهذا الخلاف فيما يتعلق بالقسمة فتعتبر من أعمال الادارة اذ أن الحجة التى يستند اليها الرأى القائل أن الاستئجار من أعمال التصرف لا تستقيم مـع طبيعة القسمة ، فهذا الرأى يستند الى أن المستأجر حينمـا يلتزم بالأجرة فهو يلتزم بالتصرف بعوض فيما ينفعه ، وفى القسمة لا يلتزم المتقاسـم بالتصرف فى شىء لأن الذى يقابل انتفاعه بجزء هو التزامه بتمكين غيره من الانتفاع بالأجزاء الأخرى (منصور مصطفى منصور ص ١٣٦ هامش «١») · كما أن الرأى الذى يذهب الى اعتباره أحيانا من أعمـال التصرف يتطلب لذلك أن يكون قصد به رأسا استغلال المـال بقصد المضاربة ·

أقاربها الى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائبا عنه الا باذن المحكمة (م ٣٩/خامس عشر من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

٦ ـ أنه لا يجوز لمن لا يملك الا حق الادارة أن يعقد ايجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات الا بترخيص من السلطة المختصة ، فاذا عقد الايجار لمدة أطول من ذلك ، انقصت المدة الى ثلاث سنوات ، كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره (م ٥٥٩ مدنى) ، ومثل هؤلاء الوصى والقيم والوكيل العام(١٩) .

ومما تجدر الاشارة اليه أن المادة ٣٥ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالاصلاح الزراعى(٢٠) قد جعلت عقود ايجار الأراضى الزراعية ـ التى تزرع بالحاصلات العادية ـ ممتدة امتدادا قانونيا تلقائيا بعد انتهاء مدتها اذ نصت على أنه : (لا يجوز للمؤجر أن يطلب اخلاء الأطيان المؤجرة ولو عند انتهاء المدة المتفق عليها فى العقد الا اذا أخل المستأجر بالتزام جووهرى يقضى به القانون أو العقد ... الخ)(٢١) .

كما أن المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، أسبغت الامتداد القانونى سالف الذكر على الأماكن المبنية التى يسرى عليها

---

(١٩) راجع منصور مصطفى منصور ص ١٣٧ ـ اسماعيل غانم ص ١٢٩ ـ عرفة ص ٤٥٧ ـ السنهورى ص ١٠٨٧ هامش (٢) .

(٢٠) معدلة بالقوانين ٤٠٥ لسنة ١٩٥٣ ، ٥٥٤ لسنة ١٩٥٥ ، ٥٢ لسنة ١٩٦٦ ، ٦٧ سنة ١٩٧٥ .

(٢١) ويلاحظ ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٣ مكررا (ز) من ذات المرسوم بقانون المستبدلة بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ من أنه : (تنتهى عقود ايجار الأراضى الزراعية نقدا أو مزارعة السارية وقت العمل بأحكام هذا القانون بانتهاء السنة الزراعية ١٩٩٧/٩٦ ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك) .

وما نصت عليه المادة الثالثة من القانون ٩٦ لسنة ١٩٩٢ سالف الذكر من أنه : (تسرى على عقود ايجار الأراضى الزراعية التى تبرم اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون الأحكام الواردة فى الفصل الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من القانون المدنى) .

بحكم المادة الأولى من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بنصها على أنه :
(لا يجوز للمؤجر أن يطلب اخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد الا لأحد الأسباب الآتية ... الخ) .

غير أن هذا الامتداد القانونى للايجار يتعارض مع طبيعة قسمة المهايأة ، وقد نصت المادة ٨٤٨ من التقنين المدنى على أن أحكام عقد الايجار لا تطبق على قسمة المهايأة الا اذا كانت (لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة)(٢٢) .

كما أن استبعاد تطبيق مبدأ الامتداد القانونى للايجار على قسمة المهايأة يلقى سنده فى أن هذا المبدأ يهدف الى حماية طبقة المستأجرين من تعسف المؤجرين ومن ثم فقواعده قاصرة على الايجار الزراعى . أما قسمة المهايأة فهى بمثابة الإيجار وليست ايجارا بالمعنى الدقيق ، ومن ثم فان استبعاد قواعد قانونى الاصلاح الزراعى وايجار الأماكن يستند الى سببين هو انتفاء مظنة الاستغلال التى أراد هذان القانونان منعها ، والسبب الثانى أن هذه القواعد قواعد استثنائية فلا يتوسع فى تفسيرها(٢٣) .

١٧٤ — (٣) حقوق والتزامات طرفى المهايأة :

تسرى على حقوق والتزامات طرفى المهايأة أحكام عقد الايجار ، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة القسمة .

ويترتب على ذلك على سبيل المثال :

١ — يلتزم الشركاء جميعا بالترميمات الضرورية ، ويسهم الشريك الذى اختص بمنفعة جزء معين فى النفقات التى تقتضيها هذه الترميمات (م ٥٦٧ مدنى) .

أما الترميمات التأجيرية فتكون على الشريك الذى اختص بالجزء الذى يحتاج الى الترميم (م ٥٨٢ مدنى) .

---

(٢٢) فى هذا المعنى محمد على عمران ص ٣٠٧ — وان كان يذهب الى عدم اعمال الامتداد القانونى لعقد الايجار اذا كان يترتب عليه اجبار الشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات .

(٢٣) أحمد سلامة ص ٢٦٨ هامش — السنهورى ص ١٠٨٨ هامش(١)

٢ ـ تسرى أحكام عقد الايجار فيما يتعلق بالتزام سائر الشركاء بتسليم العين التى اختص بها الشريك بمقتضى القسمة ، وفيما يتعلق بالتزامهم قبله بالضمان ٠

٣ ـ تسرى أحكام الايجار فيما يتعلق بالتزام الشريك باستعمال العين فيما أعدت له وعدم التغيير فيها والمحافظة عليها بما فى ذلك مسئوليته عن الحريق وبردها عند انتهاء مده القسمة ، والا كان غاصبا ٠

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٩/٣/١١ فى الطعن رقم ٦٦ لسنة ٣٥ ق بان :

(مقتضى المادة ٨٤٧ من القانون المدنى هو أن قسمة المهايأة الزمنية للمال الشائع لا تنهى حالة الشيوع بين الشركاء فيه ولا تعدو الغاية منها تنظيم علاقة هؤلاء الشركاء لاقتسام منفعة ذلك المال بأن يتناوبوا الانتفاع به كل منهم مدة مناسبة لحصته فيه بما يعنى مقايضة انتفاع بانتفاع كما هو الحال فى عقد الايجار ٠ واذ تقضى المادة ٨٤٨ التالية للمادة السالفة الذكر بخضوع قسمة المهايأة من حيث حقوق والتزامات المتقاسمين لأحكام عقد الايجار الا فيما يتعارض مع طبيعة هذه القسمة ، فان مؤدى هذين النصين أن يلتزم الشريك المهايئ كما يلتزم المستأجر طبقا لنصوص القانون المدنى فى الايجار بأن يرد العين المشتركة لشركائه فيها بعد انتهاء نوبته فى الانتفاع بها والا كان غاصبا ويلزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر) ٠

أما الالتزام بدفع الأجرة فهو يتعارض مع طبيعة القسمة لأن انتفاع كل شريك بما اختص به يكون فى مقابل انتفاع غيره بالأجزاء الأخرى أو بذات العين مدة أخرى[٢٤] ٠

٤ ـ لا تسرى على قسمة المهايأة ما نص عليه المادة ٣٢ من قانون

---

(٢٤) منصور ص ١٣٧ ـ غانم ص ١٣٠ ٠

الاصلاح الزراعى من أن : (يكون تأجير الأراضى الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه ولا يجوز للمستأجر تأجيرها من الباطن أو التنازل عن الايجار للغير أو مشاركته فيها) ، وما تنص عليه المادة ١٨/ج من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ من أنه : (لا يجوز للمؤجر أن يطلب اخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد الا لأحد الأسباب الآتية : ... (ج) اذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر ، أو أجره من الباطن بغير اذن كتابى صريح من المالك للمستأجر الأصلى ، أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائيا ... الخ) ، باعتبار هذين النصين من النصوص الاستثنائية ، وقد قصد المشرع من النص الأول منع استغلال الوسطاء لصغار الفلاحين والقضاء على المضاربة فى ايجار الأراضى الزراعية ، وقصد من النص الثانى المحافظة على أن يكون شغل المستأجر للمكان بالأجرة المحددة ناشئا عن ضرورة حقيقية دون أن يتخذه وسيلة للاستغلال والربح بأن يؤجره من باطنه أو يتنازل عنه للغير أو يتركه له بقصد الاستغناء عنه نهائيا ، والغالب أن يكون ذلك بايجار مرتفع ارتفاعا فاحشا يثرى به على حساب المالك ، وهذان الأمران لا محل لهما فى القسمة .

وواضح من قضاء حديث لمحكمة النقض أنها تأخذ بهذا الرأى ، **اذ قضت بتاريخ ٦/١٢/١٩٨٩ فى الطعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٢ ق بأن :**

(النص فى الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى يدل على أن للشركاء على الشيوع فى الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع فيستقل بادارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء . ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل على نصيب باقى الشركاء فى منفعة الجزء الذى اختص به فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى ، ويعتبر الشريك مؤجرا لمنفعة حصته ومستأجرا لمنفعة حصص الباقى من الشركاء وتطبق القواعد الخاصة بالايجار - فيما يتعلق بحقوقه والتزاماته

وجواز الاحتجاج بالقسمة على الغير ، ويكون له تأجير المفرز الذى اختص به ايجارا نافذا فى حق باقى الشركاء الذين يمتنع عليهم ممارسة هذا الحق لالتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا اصحاب اغلبية الحصص فى ملكية المال الشائع وتكون الاجارة الصادرة منهم للغير غير نافذة فى مواجهة الشريك صاحب الحق فى استغلال وادارة هذا الجزء ، ويحق لهذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير الذى استأجر من باقى الشركاء بعد القسمة ولو لم يكن عقد القسمة مشهرا اذ يعتبر الشريك فى حكم المستأجر لهذا الجزء وطبقا لنقواعد الخاصة بعقد الايجار فانه لا يلزم شهره للاحتجاج به على الغير) ٠

١٧٥ - (٤) اثبات قسمة المهاياة[٢٥] :

تثبت قسمة المهاياة طبقا لأحكام اثبات الايجار ، ومن ثم فانها تخضع فى اثباتها لحكم القواعد العامة ٠ فيجوز اثباتها بالبينة والقرائن اذا كان محل القسمة لا تزيد قيمته على مائة جنيه ، وبالكتابة وما يقوم مقامها فيما يزيد على ذلك (م ٦٠ منقانون الاثبات معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة١٩٩٢)٠

وتسرى هذه القاعدة ولو كان محل القسمة ارضا زراعية أو احد الاماكن الخاضعة لأحكام الباب الأول من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ٠

ومن ثم اذا كان محل القسمة أرضا زراعية فلا انطباق لحكم الفقرة

---

(٢٥) كانت المادة ٩١٩ من مشروع الحكومة تبيح اثبات المهايأة بكل الطرق فيما عدا المدة فكانت تشترط اثباتها بالكتابة أو ما يقوم مقامها ، والا اعتبرت غير معينة المدة ، وقد أقر مجلس النواب هذا النص (م ٩١٧) ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترحت حذفه لمخالفته للقواعد العامة فى الاثبات فى غير حاجة ، فاضيفت الى المادة ٨٤٨ من القانون عبارة (وطرق الاثبات) وبذلك أصبح الحكم خضوع المهايأة للقواعد العامة فى الاثبات (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٣٥ وما بعدها) ٠

الأولى من المادة ٣٦(٢٦) التى تقضى بأن : (يجب أن يكون عقد الايجار مزارعة أو نقدا ثابتا بالكتابة أيا كانت قيمته وكذلك كل اتفاق على استغلال أراضى زراعية ولو كانت لزرعة واحدة) .

واذا كان محل القسمة مكانا يخضع لأحكام الباب الأول من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فلا انطباق لحكم المادة ٢٤ التى تنص على أنه : (اعتبارا من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون تبرم عقود الايجار كتابة ويجب

---

(٢٦) هذه الفقرة أبقى عليها القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالاصلاح الزراعى - كما أنه لم يكن هناك محل لتطبيق أحكام الفقرة الثانيه من المادة المذكورة والمادتين ٣٦ مكررا ، ٣٦ مكررا (ب) الملغاة جميعا بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ سالف الذكر وكانت هذه النصوص تجرى على أن :

مادة (٢/٣٦) : (ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل توقع من أطرافه ، ويحتفظ كل من المتعاقدين بنسخة منهما وتودع نسخة أخرى بالجمعية التعاونية الزراعيه المختصة فى القرية الكائنة فى زمامها الأطيان المؤجرة . فاذا لم توجد جمعية فى تلك القرية فيكون الايداع بالجمعية التعاونية الزراعية المشتركة فى المركز التابعة له القرية . ويقع عبء الالتزام بالايداع على المؤجر) .

مادة (٣٦ مكررا) : اذا امتنع المؤجر عن ايداع عقد الايجار بالجمعية التعانية الزراعية المختصة أو اذا امتنع أحد الطرفين عن توقيع عقد الايجار - وجب على الطرف الآخر أن يبلغ ذلك الى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة .

وعلى رئيس مجلس ادارة الجمعية أو من ينيبه المجلس فى ذلك أن يحيل الأمر الى المحكمة الجزئية المختصة ، وعلى المحكمة أن تتحقق من قيام العلاقة الايجارية ومن نوعها بكافة طرق الاثبات - فاذا ثبت لها قيام العلاقة الايجارية أصدرت قرارا بذلك وكلفت رئيس الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بتحرير العقد وتوقيعه نيابة عن الطرف الممتنع - وتسلم نسخة من العقد الى كل من طرفيه وتودع نسخة منه بالجمعية مع صورة رسمية من قرار المحكمة - ويكون هذا العقد ملزما للطرفين) .

مادة (٣٦ مكررا ب) : (لا تقبل المنازعات والدعاوى الناشئة عن ايجار الأراضى الزراعية مزارعة أو نقدا أمام أية جهة ادارية أو قضائية ما لم يكن عقد الايجار مودعا بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة .

فاذا كان عقد الايجار مكتوبا ولم تودع نسخة منه بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، فلا تقبل المنازعات والدعاوى الناشئة عن هذا العقد ممن أخل بالالتزام بالايداع) .

اثبات تاريخها بمأمورية الشهر العقارى الكائن بدائرتها العين المؤجرة ... ويجوز للمستأجر اثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الاثبات ... الخ) .

والعلة فى ذلك ليست فقط لانتفاء مظنة الاستغلال التى أراد القانونان المذكوران محاربتها ولكن ايضا لأن المستأجر هنا يعتبر مالكا من بعض الوجوه(٢٧) .

---

(٢٧) راجع هامش (٢٣) ـ أحمد سلامة ص ٢٦٨ وما بعدها ـ جميل الشرقاوى ص ١١٨ هامش (٣) وقارن منصور مصطفى منصور ص ١٣٧ وما بعدها ـ فيرى تطبيق المواد ٣٦ ، ٣٦ مكررا ، ٣٦ مكرر أ ـ قبل الغائها ـ وينتقد الرأى الوارد بالمتن بقوله (.. فأولا الواضح من عبارة نص المادة ٨٤٨ مدنى أن قسمة المهايأة تخضع من حيث الاثبات للقواعد الخاصة بالايجار ، واذ كان صحيحا أن نص المادة ٣٦ اصلاح ، وهو يقرر حكما استثنائيا ، لم يكن موجودا وقت وضع التقنين المدنى ، الا ان أصول التفسير تؤدى الى وجوب تطبيق أحكام الايجار على قسمة المهايأة سواء ما كان منها موجودا وقت وضع التقنين المدنى وما يستجد منها بعد ذلك فلا محل اذن للقول أن المشرع أراد اخضاع قسمة المهايأة للقواعد العامة فى الاثبات وثانيا : لا يصح استبعاد تطبيق المادة ٣٦ على أساس أنه لا توجد مظنة استغلال الشركاء بعضهم لبعض ، لأنه ليس من المقطوع به أن النص لم يقصد به سوى حماية المستأجرين من استغلال الملاك ، فهذا النص يمكن بصورته الحالية الجمعيات التعاونية من العلم بمن له حق زراعة الأرض حتى يتيسر لها القيام بوظائفها المختلفة فى شئون الزراعة ، وبالتالى لا يخلو تطبيق النص على قسمة المهايأة من فائدة . وثالثا وأخيرا : لا يصح القول أن نص المادة ٣٦ يتعارض كله مع طبيعة القسمة ، اذ يمكن أن يطبق على الوجه الذى يلائم طبيعة القسمة ، وذلك على النحو الذى بيناه فى المتن) .

محتويات الكتاب

رقم البند | الصفحة

رقم البند   الصفحة

رقم البند — الصفحة

المرحلة الثانية

الفصل فى المنازعات التى يثيرها الخصوم فى القسمة

المرحلة الثالثة

الحكم باعطاء كل شريك نصيبه المفرز

المرحلة الرابعة

تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم الصادر من المحكمة الجزئية فى دعوى القسمة اذا كان من بين الشركاء غائب أو من لم تتوافر فيه الأهلية

رقم البند | الصفحة

رقم البند | الصفحة

موضـــوع رقم (٦)

أولا : الافراز

النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف للقسمة

رقم البند الصفحة

ظهر للمؤلف

١ - أحكام الايجار فى قانون الاصلاح الزراعى

(١٩٩٣)

٢ - ايجار الأماكن المفروشة وتبادل الشقق

(الطبعة الثالثة)

٣ - مدونة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد - الجزء الأول

(الطبعة الثانية - نفذ)

٤ - مدونة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد - الجزء الثانى (نفذ)

٥ - موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية (الخطبة - الزواج - حقوق الزوجية - العدة - متعة المطلقة)

(الطبعة الثانية)

٦ - موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية (الرضاعة - الحضانة - مسكن الحضانة فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - نفقة الأقارب)

(الطبعة الأولى)

٧ - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى ايجار وبيع الأماكن الخالية - الجزء الأول

(الطبعة الخامسة)

٨ - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى ايجار وبيع الأماكن الخالية - الجزء الثانى

٩ - جرائم التشرد والاشتباه فقها وقضاء

(الطبعة الثانية)

١٠ - شرح قانون المباني الجديد من الناحيتين الجنائية والمدنية

(الطبعة الأولى)

١١ - التجريف والتبوير وقمائن الطوب والبناء على الأرض الزراعية

(الطبعة الخامسة)

١٢ - صيغ دعاوى الأحوال الشخصية معلقا عليها

(الطبعة الأولى)

١٣ - مشكلات الملكية والحيازة في قانوني الاصلاح الزراعي والزراعة

(الطبعة الأولى)

١٤ - شرح التعديلات الجديدة لقانون الاصلاح الزراعي

(الطبعة الأولى)

١٥ - قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب فقها وقضاء

(الطبعة الأولى)

١٦ - الطفل وحنان القانون (كتاب ثقافي للطفل - نفد)

١٧ - ملحق بشرح التعديلات الجديدة لقانون التشرد والاشتباه سنة ١٩٨١ (نفد)

١٨ - ملحق بشرح التعديلات الجديدة في ايجار الشقق المفروشة سنة ١٩٨٢ (نفد)

رقم الايداع ١٠٤٩٥/١٩٩٢
977 - 00 - 4108 - 4

مطبعـة أطلس
١١ ، ١٣ شارع سوق التوفيقية
تليفون : ٧٤٧٧٩٧ ـ القـاهرة

